

La desnaturalización de la pena de localización permanente 16 años después ¿Historia de un fracaso o fraude legislativo?¹

Pilar Otero González

Profesora Titular (acr. Catedrática) de Derecho Penal. Universidad Carlos III Madrid

OTERO GONZÁLEZ, Pilar. La desnaturalización de la pena de localización permanente 16 años después. ¿Historia de un fracaso o fraude legislativo? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2019, núm. 21-16, pp. 1-40.
<http://criminnet.ugr.es/recpc/21/recpc21-16.pdf>

RESUMEN: A pesar de que esta pena cuenta sólo con dieciséis años de vida, es una de las que más modificaciones ha sufrido, sin que haya habido por parte del Legislador una evaluación rigurosa que haya motivado los cambios. Y, sin embargo, no se ha apreciado una variación significativa desde el punto de vista de su aplicación en la Parte Especial, más allá de la reducción de su ámbito de aplicación y de la prolongación de su duración (hasta 30 días) respecto del modo en que se diseñó originariamente (hasta 12 días). Ello supone un fraude legislativo. En cualquier caso, se encamina hacia una dirección contraria a lo que aquí se propugna, esto es, debe potenciarse para que constituya una auténtica alternativa a la prisión de corta duración, con control telemático a través de radio frecuencia y reflexionarse sobre el cambio de naturaleza hacia pena privativa de derechos.

PALABRAS CLAVE: localización permanente; pena privativa de libertad; pena privativa de derechos; control telemático; penas y medidas de seguridad.

TITLE: *The denaturation of the punishment of permanent location 16 years later. History of a failure or legislative fraud?*

ABSTRACT: Although this penalty has only sixteen years of life, it is one of those that has suffered the most modifications, without there having been a rigorous evaluation by the Legislator that has motivated the changes. Nevertheless, there is no significant variation from the point of view of its application in the Special Part, beyond the reduction of its scope and the extension of its duration (up to 30 days) with respect to its initial regulation (up to 12 days). This is a legislative fraud. In any case, this penalty is heading in a direction contrary to our proposal, that is, it must be strengthened so that it constitutes an authentic alternative to short-term imprisonment, with telematic control through radio frequency and it must be reflected on whether this penalty should be classified as a penalty of rights.

KEYWORDS: permanent location; imprisonment; deprivation of rights; telematic control; penalties and security measures.

Fecha de publicación: 2 septiembre 2019

Contacto: pilar.otero@uc3m.es

SUMARIO: I. Introducción. II. La LO 15/2003: La supuesta novedad. 1. Duración y lugar de cumplimiento. 2. Ejecución y control. 3. Especial referencia a su ejecución mediante control telemático. 3.1 Sistema y funcionamiento. 3.2 Evolución de su aplicación. 3.3. Eficacia. III. La LO 5/2010: giro de 180°. 1. Naturaleza. 2 Ejecución. IV. La LO 1/2015: aplicación residual. 1. Especial referencia a su aplicación como pena principal en el ámbito de la violencia doméstica. V. Cumplimiento/incumplimiento de la pena y su valoración. 1. Especial referencia a la inutilización de los dispositivos electrónicos de control de la pena. VI. Cumplimiento de los fines de la pena. VII. Balance sobre la evolución de la pena. Bibliografía.

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación New Trust-CM S2015/HUM-3466 *Programa interuniversitario en Cultura de la Legalidad*.

I. Introducción

La pena de localización permanente constituye un claro ejemplo, por un lado, del llamado “fraude de etiquetas” y, por otro, de derecho penal simbólico. Nace en la reforma por LO 15/2003, para sustituir a la pena de arresto de fin de semana, denominándose confusamente *localización permanente* cuando en realidad obliga a permanecer al penado en su domicilio sin posibilidad de parcial libertad ambulatoria, constituyendo un auténtico *arresto domiciliario*.

Nace como pena leve aplicable a las faltas y se desarrolla por RD los requisitos de su ejecución telemática, que se hizo efectiva a través de un sistema de verificación biométrica de voz, el cual se mantuvo en vigor hasta la reforma por LO 5/2010, reforma que paradójicamente previó por primera vez en el Código penal su control telemático. Al mismo tiempo, la citada Ley Orgánica incrementa la duración de esta pena e introdujo la posibilidad de que en determinadas circunstancias se ejecutara en centro penitenciario. Incoherentemente, en los supuestos de la Parte especial a los que se aplicó nunca superó la duración de los 12 días.

La reforma por LO 1/2015 mantiene de forma idéntica el precepto que regula la localización permanente y, en consecuencia, también la posibilidad de cumplimiento en centro penitenciario, previsión que no va acompañada de su aplicación en la Parte Especial como consecuencia de la supresión general de las faltas. En esta misma reforma se reduce el ámbito de aplicación de la localización permanente lo que resulta contradictorio con el mantenimiento de su duración hasta seis meses (art. 37.1 CP).

Por lo que respecta al incumplimiento de esta pena, al ser privativa de libertad, conlleva, por virtud del precepto que regula el delito de quebrantamiento (468.1 CP), una consecuencia más grave (6 meses a 1 año de prisión) que la propia pena incumplida. Ante esta desproporción, La FGE a través de la Consulta 1/2016, heredera de la Instrucción 3/1999 FGE, ha determinado que el quebrantamiento de esta pena cuando no se cumple en centro penitenciario, que es SIEMPRE, debe

conllevar la pena de multa de 12 a 24 meses, pues en estos casos, que son TODOS, no supone una situación efectiva de privación de libertad.

En resumen, en nada se parece la configuración actual de la pena de localización permanente a su regulación cuando nació en la reforma por LO 15/2003. Y, sin embargo, no ha habido un cambio significativo desde el punto de vista de su aplicación en la Parte Especial. Ello supone, a mi modo de ver, un fraude en la previsión legislativa. Creo, en este sentido, que el Legislador no ha sido valiente: ha potenciado teóricamente la pena dando un giro de 360 grados para volver al principio en su aplicación práctica, es decir, mantenerla como una pena residual. Sigue constreñido al corsé de que no hay alternativa a las penas cortas de prisión, no hay creencia de que este tipo de penas, si se potencian convenientemente, favorecen la no desocialización y pueden cumplir, correctamente ejecutadas, sus fines como cualquier otra.

En este trabajo se analizará críticamente esta evolución aportando soluciones alternativas para que esta pena cumpla los fines que tiene encomendados y sea, en definitiva, una pena creíble y eficaz.

II. La LO 15/2003: la supuesta novedad

El CP de 1995 introdujo en el art. 37² una nueva pena privativa de libertad, *el arresto de fin de semana*, para evitar los efectos criminógenos y desocializadores de la prisión continuada en delitos poco graves o faltas³, conteniendo, al mismo tiempo, el impacto punitivo del internamiento. Así, esta pena no separaría al penado de su entorno familiar y social ni le impediría seguir trabajando. Ante las críticas que se le dirigieron basadas, fundamentalmente, en las dificultades materiales de su

² El art. 37, conforme a la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, rezaba:

“1. El arresto de fin de semana tendrá una duración de treinta y seis horas y equivaldrá, en cualquier caso, a dos días de privación de libertad. Tan sólo podrán imponerse como máximo veinticuatro fines de semana como arresto, salvo que la pena se imponga como sustitutiva de otra privativa de libertad; en tal caso su duración será la que resulte de la aplicación de las reglas contenidas en el artículo 88 de este Código.

2. Su cumplimiento tendrá lugar durante los viernes, sábados o domingos en el establecimiento penitenciario más próximo al domicilio del arrestado. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, si las circunstancias lo aconsejaren, el Juez o Tribunal sentenciador podrá ordenar, previo acuerdo del reo y oído el Ministerio Fiscal, que el arresto de fin de semana se cumpla en otros días de la semana, o de no existir Centro penitenciario en el partido judicial donde resida el penado, siempre que fuera posible, en depósitos municipales.

3. Si el condenado incurriera en dos ausencias no justificadas, el Juez de Vigilancia, sin perjuicio de deducir testimonio por el quebrantamiento de condena, podrá acordar que el arresto se ejecute ininterrumpidamente.

4. Las demás circunstancias de ejecución se establecerán reglamentariamente de acuerdo con lo dispuesto en la Ley penitenciaria, cuyas normas se aplicarán supletoriamente en lo no previsto expresamente en este Código”.

³ Vid., por todos, MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p. 563.

cumplimiento⁴, la LO 15/2003 de reforma del CP suprimió esta pena⁵, sustituyéndola por la de *localización permanente*. Pena justificada en la Exposición de Motivos de la siguiente forma: “es una importante novedad que trata de dar una respuesta penal efectiva a determinados tipos delictivos y que se basa en la aplicación de nuevas medidas que proporciona el desarrollo de la tecnología”.

Sin embargo, la novedad de esta pena fue relativa, pues su antecedente más directo no es otro que el arresto domiciliario del CP de 1973⁶. En efecto, nació, con una denominación diversa, como una reviviscencia de la histórica pena⁷, que se configuró en el anterior Código penal como medio facultativo de cumplimiento de la pena de arresto menor destinada a la represión de infracciones leves, con una duración de uno a treinta días –vid. art. 85 CP 73- y que la praxis extendió al cumplimiento del arresto sustitutorio de las penas de multa impuestas por la comisión de faltas. No en vano la Exposición de Motivos de la Ley 15/2003 la califica, del mismo modo, como especialmente idónea “para prevenir conductas típicas constitutivas de infracciones penales leves”.

Por tanto, lo primero que llama la atención es la denominación de esta pena co-

⁴ Sobre ello, vid., PINA MASSACHS, Jordi.; NAVARRO MASSIP, Jorge, *Alternativas a la prisión. Una visión práctica: el arresto de fin de semana, la multa y el trabajo en beneficio de la comunidad*, Barcelona: IURE, 2000, pp. 39 y 22. ÁLVAREZ VIZACAYA, Maite, “Las penas no privativas de libertad: reflexiones sobre una política criminal errática”, en *Estudios Penales y Política Criminal*, México D.F.: Ángel Editor, 2006, pp. 155 y ss. Vid., asimismo, sobre los inconvenientes del arresto de fin de semana, GIL GIL, Alicia (et. al.), *Consecuencias jurídicas del delito. Regulación y datos de la respuesta a la infracción penal en España*, Madrid: Dykinson, 2018, p. 125. RUBIO LARA, Pedro Ángel, “Dos penas controvertidas en el código penal español: problemas dogmáticos sobre la regulación y aplicación de las penas de localización permanente y trabajos en beneficio de la comunidad. Posibles soluciones”, en *Revista de Derecho penal y criminología*, 3ª Época, nº 17, enero, 2017, p. 285.

⁵ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed. –Luis Gracia Martín –coord.-, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 73, a la vista de las diferencias entre ambas penas, *localización permanente y arresto de fin de semana*, considera que hubiera sido preferible mantener la pena de arresto sin perjuicio de la nueva de localización permanente, ya que ambas son complementarias, lo que hubiera permitido mayor capacidad de maniobra a los Jueces y Tribunales para adaptarse a las circunstancias del caso concreto y a las características del penado. El mismo, *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito* –Luis Gracia Martín –coord.-, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 111.

⁶ Como reconoce expresamente la Exposición de Motivos de la LO 15/2003. Vid., también, TÉLLEZ AGUILERA, Abel, *Nuevas penas y alternativas a la prisión*, Madrid: Edisofer, 2005, p. 82. ESPINOSA RAMOS, Jorge Ángel, “Apuntes de urgencia sobre las nuevas penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, a la luz de la Circular 2/2004, de la Fiscalía General del Estado”, en *Actualidad Aranzadi*, nº 664, 2005, p. 12. MUÑOZ CUESTA, Javier, “La nueva pena de localización permanente introducida por la LO 15/2003 y el fracaso de la pena de arresto de fin de semana”, en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, nº 6, 2004, p. 75.

⁷ Para un examen de este antecedente, vid., MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “La pena de localización permanente”, en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, nº 25, 2006, pp. 49-51. Sobre esta pena en derecho comparado, vid., TORRES ROSELL, Nuria, “Contenido y fines de la pena de localización permanente”, en *Indret*, nº 1, 2012, pp. 3-10 (1-31). Igualmente, sobre esta pena, vid., OTERO GONZÁLEZ, Pilar, “Presente y futuro de la pena de localización permanente”, en *La adecuación del Derecho penal español al Ordenamiento de la UE. La política criminal europea*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pp. 87-121. IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel; PÉREZ PARENTE, Juan Antonio, “La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control telemático”, en *Anuario de Derecho constitucional latinoamericano*, Instituto Investigaciones Jurídicas UNAM, 2006, p. 1073.

mo de *localización permanente*, porque se trata, en efecto, de una pena privativa de libertad, de modo que, como expresa la Circular 2/2004, de 22 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado⁸, “esta pena no puede articularse como un control continuado mediante medios tecnológicos que permitan simultáneamente al penado la libertad de desplazamiento espacial. Por ello, más clarificador hubiera sido denominarla arresto en sitio o lugar determinado⁹, pues la localización permanente parece aludir a la necesidad de estar localizados o localizables sin privación efectiva de libertad ambulatoria”. Sin embargo, parece que se rehuyó denominarla pena de *arresto* no sólo por evitar que se asimilara al antiguo arresto domiciliario, sino también porque podía evocar la de arresto de fin de semana, que había sido suprimida ante el “fracaso de su ejecución”, sin que el Legislador hubiese argumentado desde el punto de vista sustantivo¹⁰ el porqué de este fracaso.

Así las cosas, quedó configurada en el art. 35 –ubicación que hoy se mantiene– como una pena privativa de libertad principal autónoma, leve y de imposición generalmente alternativa¹¹.

1. *Duración y lugar de cumplimiento*

La localización permanente se introdujo con una duración máxima de doce días¹², aunque por el juego de sustitución de las penas podía llegar a treinta días de cumplimiento, que podían imponerse de forma discontinua, por ejemplo los sábados y domingos, igual que en la actualidad, con el fin de dar todo tipo de facilidades al reo; incluso en el caso de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de varias multas correspondientes a varias faltas, la duración de la pena de localización permanente podía alcanzar noventa días como consecuencia de la aplicación de la acumulación jurídica de penas prevista en el art. 76 CP. Asimismo, podía acordarse la ejecución discontinua irregular, igual que en la actualidad¹³, para que

⁸ “Sobre aplicación de la reforma del código penal operada por ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (primera parte)”. Igualmente, MUÑOZ CUESTA, Javier, “La nueva pena de localización permanente...”, op. cit., p. 75.

⁹ Sobre la incoherencia entre la denominación de la pena y su contenido, vid., ABEL SOUTO, Miguel, *La pena de localización permanente*, Granada: Comares, 2008, pp. 1-4.

¹⁰ Un balance sobre el arresto de fin de semana y sobre la localización permanente como alternativa, ABEL SOUTO, Miguel, *La pena de localización permanente*, op. cit., pp. 5-22.

¹¹ Se configuró como alternativa normalmente respecto de la pena de multa y, en dos ocasiones, respecto de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad (arts. 620 último párrafo y 626 conforme a la LO 15/2013). Como pena principal y conjunta con la multa se previó para la falta de perturbación leve de actos públicos (antiguo art. 633 CP). Vid., al respecto, SANZ DELGADO, Enrique, “España”, en *FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DE OMBUDSMAN, Sistema penitenciario. V informe sobre Derechos Humanos (Guillermo Escobar –Director–)*, Madrid: Trama, 2007, p. 227.

¹² Sin límite mínimo expreso general, aunque en algunas faltas en concreto, su umbral mínimo se situó en dos días, por ejemplo, en algunas faltas contra el patrimonio (artículos 625 y 626 CP). Como es sabido, ahora se prolonga hasta los seis meses de duración.

¹³ El art. 37.2 CP expresa: “Si el reo lo solicitar y las circunstancias lo aconsejaren, oído el ministerio fiscal, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que la condena se cumpla durante los sábados y domingos o de forma no continuada”.

se adapte a los días de descanso del penado, evitando, por tanto, la perturbación de su actividad laboral. La previsión del cumplimiento discontinuo permite aplicar los efectos beneficiosos que se predicaban del arresto de fin de semana.

A pesar de ello, el Legislador de 2003 fue parco a la hora de configurar esta pena, dejando abiertas numerosas cuestiones sobre su ejecución, que tampoco resolvió el RD 515/2005, de 6 de mayo, “por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad”.

Ante tales carencias, debe interpretarse, entonces y hoy, que la ejecución de la pena no podrá restringir las posibilidades del penado de disponer libremente de su tiempo, comunicarse con otras personas o recibir visitas. Pero en ningún caso, esta flexibilidad permite colegir que quepa la opción de cumplimiento fraccionado¹⁴, esto es, que durante un mismo día unas horas el sujeto esté cumpliendo pena de localización permanente y otras pueda disfrutar de libertad ambulatoria, pues la propia Circular 2/2004, de 22 de diciembre, establece:

“En todo caso, el cumplimiento de la pena obliga al reo a permanecer confinado en un domicilio predeterminado. Aunque se utilicen medios electrónicos de localización permanente como pauta general, no debe admitirse al penado la posibilidad de trasladarse físicamente del domicilio.

Además, el cumplimiento discontinuo ha de encontrar como límite el necesario respeto al día, unidad temporal que se toma como referencia para delimitar la extensión temporal de la pena, integrado sin solución de continuidad por 24 horas, no debiendo permitirse el fraccionamiento de esta unidad mínima de cumplimiento”.

La excesiva vaguedad de este RD tampoco permite interpretar que se cumpla itinerantemente tanto en el domicilio del penado como en su lugar de trabajo u otro sitio, pues la configuración de esta pena, como privativa de libertad, obliga al reo a permanecer en un lugar determinado de antemano sin que pueda alternar su ubicación¹⁵.

De hecho, se previó la ejecución telemática de la citada pena mediante un sistema de verificación biométrica de voz instalado en su domicilio -hoy prácticamente extinguido este modo de ejecución, como veremos más adelante-, porque el penado debe permanecer todo el tiempo en un lugar determinado, sin seguimiento permanente.

¹⁴ Cfr., TÉLLEZ AGUILERA, Abel, *Nuevas penas...*, op. cit., p. 93. MOTA BELLO, José Félix, “Las penas de localización permanente y de prohibición de residencia, de aproximación y de comunicación con la víctima y otras personas”, en *Cuadernos de Derecho Judicial IV: Las penas y sus alternativas*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2005, p. 49.

¹⁵ Como, por otro lado, exige el art. 37 CP.

Se entiende por domicilio el de su residencia habitual, que habrá de identificarse con la morada conforme a un criterio material y no meramente formal¹⁶, más allá, por tanto, de lo previsto en el art. 40 del Código Civil, que define el domicilio a los efectos del “ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles”¹⁷. Sin embargo, la precisión de este concepto pierde interés por la previsión alternativa de ese otro “lugar” que el juez puede fijar en su sentencia. En caso de tener varios lugares donde de manera ordinaria acuda el condenado a pernoctar, el Juez determinará en cuál de ellos debe cumplir la sentencia. El juez, por razones justificadas, por ejemplo, en el caso de vagabundos o personas sin techo, puede cambiar el domicilio por otro lugar de cumplimiento fijándolo en la resolución condenatoria o con posterioridad en la ejecutoria¹⁸, lugar que deberá ser en todo caso cerrado y de características análogas al domicilio¹⁹ y debe disponer de unos mínimos de habitabilidad e higiene. Si se confirma la carencia de un domicilio o lugar análogo, la Circular 2/2004 de la FGE propone que se optará en su caso por solicitar la pena alternativa prevista por el correspondiente tipo. Esta última circunstancia produce que las desigualdades económicas entre los penados hagan más gravoso el cumplimiento de esta pena para los más desfavorecidos²⁰. Ese *lugar* no podría ser ninguno que desvirtuara el propio concepto de domicilio hasta permitir la propia desnaturalización de la pena. Deberá en consecuencia ser un lugar cerrado y que sea equivalente desde el punto de vista funcional al domicilio²¹.

En ningún caso, ese *otro lugar*, cuando se introduce esta pena, podía ser un centro penitenciario tal como manifestó la propia Exposición de Motivos de la citada LO 15/2003, que la concibió “como un remedio para evitar los efectos perjudiciales de la reclusión en establecimientos penitenciarios”²² y que avaló la Circular 2/2004 FGE, pues ello supondría una desnaturalización de la pena cuya esencia radica en la priva-

¹⁶ GARCÍA ALBERO, Ramón; TORRES ROSELL, Nuria, *Comentarios al Código penal español* (Quintero Olivares –Dir.-), Pamplona: Aranzadi, 2016, p. 417. En el mismo sentido, ABEL SOUTO, Miguel, *la pena de localización permanente*, op. cit., 94.

¹⁷ Así, MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción (coord.), *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito*, Barcelona: Bosch, 2005, p. 45. Sobre el concepto de domicilio en la jurisprudencia, vid., MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “La pena de localización”, op. cit., pp. 57-58.

¹⁸ Sobre los problemas que pueden generarse como consecuencia de la imprevisión del legislador, sobre si se producen circunstancias sobrevenidas que aconsejen el cambio del lugar de cumplimiento de la pena, vid., los arts. 13.2 y 13.3 del RD 515/2005 y su interpretación por MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “La pena de localización”, op. cit., p. 59.

¹⁹ Por ello, la SAP Lleida, 1ª, 27/2015, 28-1 no consideró quebrantamiento de esta pena el incumplimiento del reo, indigente, pues se había fijado como domicilio una oficina municipal con horario laboral siendo imposible el cumplimiento en tal lugar.

²⁰ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, *Lecciones...*, op. cit., p. 77. El mismo, *Tratado...*, op. cit., pp. 115-116. MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “La pena de localización”, op. cit., p. 53.

²¹ GARCÍA ALBERO, Ramón; TORRES ROSELL, Nuria, *Comentarios...*, op. cit., p. 417.

²² En este mismo sentido se pronunció el Informe del CGPJ de 26 de marzo de 2003, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del CP. Igualmente, parte de la doctrina, así VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, “La reforma del sistema de penas por la LO 15/2003. (Especial referencia a la supresión de la pena de arresto de fin de semana y su sustitución por la nueva pena de localización permanente)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* núm. extraordinario 2, 2004, p. 540.

ción de libertad corta ejecutada en el propio domicilio. Debe, en este punto, recordarse que el antiguo art. 620 in fine, -equivalente tras la reforma por LO 1/2015 al actual art. 173.4, si bien entonces con menor duración de la pena-, preveía de forma excepcional un supuesto de cumplimiento en domicilio distinto al del reo, cuando éste coincidía con el de la víctima, para las faltas de amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2: “la pena será de trabajos en beneficio de la comunidad o de localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima” –rezaba el artículo-. Será el penado quien habrá de comunicar al Juez la dirección de un domicilio de cumplimiento que satisfaga las dos exigencias legales: diferente al de la víctima y alejado de éste.

2. *Ejecución y control*

La naturaleza de esta pena como privativa de libertad, pero que no se cumple mediante el ingreso en prisión²³, ha condicionado su forma de ejecución y control. Así²⁴, aunque no lo resolvió expresamente el RD 515/2005, el cumplimiento de esta pena no genera una relación jurídica penitenciaria²⁵ y, en consecuencia, el control judicial de esta ejecución no corresponde al juez de vigilancia penitenciaria sino al juez o tribunal sentenciador, como, ciertamente, expresa el art. 37 CP y se corrobora en la Consulta FGE 1/2016.

De otro lado, ni el CP ni el RD dan una respuesta específica al caso de cumplimiento sucesivo de las penas de prisión y de localización permanente. Siguiendo la regla general, el cumplimiento de ésta debe postergarse en tanto no se extinga la pena de prisión, incluyendo el período de libertad condicional. Ante este efecto perverso, la Circular de la FGE 1/1998 ya propuso en relación con el arresto de fin de semana que el juez, dentro de la liquidación de la condena, pudiera sustituir el arresto por prisión para que pudieran fundirse en una unidad de ejecución, siempre que las penas hubieran sido impuestas en la misma sentencia, aunque seguía planteándose el mismo problema cuando las penas se hubieran impuesto en sentencias distintas, pero se hubieran ejecutado sucesivamente. Debe admitirse²⁶ que la solución es plausible aunque no está exenta de problemas cuando se pretende adaptar a

²³ Salvo un caso excepcional, que se introdujo después, por la LO 5/2010.

²⁴ Cfr., TÉLLEZ AGUILERA, Abel, *Nuevas penas...*, op. cit., pp. 85-86. MANZANARES, SAMANIEGO, José Luis, “La pena de localización”, op. cit., p. 54.

²⁵ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “La pena de localización”, op. cit., p. 55, subraya que los servicios sociales penitenciarios en este caso no deberían intervenir en la ejecución de esta pena y que, si se pretendiera trasladar el control de esta pena desde el Juez o Tribunal sentenciador al Juez de Vigilancia, debería modificarse para ello el CP y la LOGP.

²⁶ Con MAPELLI CAFARENA, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid: Civitas, 2005, p. 96. También, MOTA BELLO, José Félix, “Las penas de localización permanente”, op. cit., p. 48. Sobre los defectos de esta equivalencia, MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “La pena de localización”, op. cit., pp. 56-57.

la localización permanente, ante la falta de una regla de convertibilidad de esta pena y ante lo desproporcionado de sustituir días de localización permanente por días de prisión, a pesar de la Disposición Transitoria 4ª de la LO 15/2003, que, al regular la revisión de sentencias, equipara el día de localización permanente con el día de prisión. En concreto, no se solucionan, por ejemplo, los problemas generales, como el del abono de las prisiones provisionales y de las detenciones en su caso.

Consciente de este escollo, la Circular 2/2004 ha afirmado que “cuando se imponga la localización permanente a penados que ya cumplen o van a cumplir penas privativas de libertad en Centros Penitenciarios pueden generarse disfunciones derivadas de la necesidad de iniciar el cumplimiento de la localización permanente después de extinguidas las penas de prisión. La opción de la refundición de condenas incluyendo la pena de localización permanente puede ser más beneficiosa para el reo en determinadas circunstancias, pese a carecer de cobertura legal expresa. No obstante, la valoración de los efectos de una eventual refundición no puede hacerse en abstracto, dependiendo de las circunstancias de cada caso e incluso de la propia valoración del interno”.

Desde esta perspectiva, la Fiscalía no se opuso a través de la Circular 2/2004 a su refundición cuando pudiera generar efectos beneficiosos a la situación penitenciaria del ejecutoriado. Opción no exenta de bondad pero que topa con el serio obstáculo²⁷ de la falta de apoyo legal, que también debería tenerse en cuenta de cara a una posible reforma del CP en este punto. Precisamente por esta diferencia de entidad entre la pena de prisión y la de localización permanente, lleva a la Circular 1/2014, de 5 de diciembre, *sobre acumulación de condenas* a entender que con carácter general la pena de localización permanente, no sea acumulable a la de prisión, criterio por lo demás seguido en las SSTS 319/2016, 15-4 y 321/2016, 8-4 y reiterado en la Consulta FGE 1/2016.

3. Especial referencia a su ejecución mediante control telemático²⁸

3.1. Sistema y funcionamiento

Antes de la reforma de esta pena por LO 5/2010, su ejecución telemática se realizó fundamentalmente²⁹, mediante un sistema de verificación biométrica³⁰ de

²⁷ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “La pena de localización”, op. cit., p. 66. Ampliamente, TÉLLEZ AGUILERA, Abel, *Nuevas penas y medidas...*, op. cit., pp. 86-87.

²⁸ Un exhaustivo análisis sobre las ventajas e inconvenientes de estos medios, así como la experiencia en derecho comparado puede verse en IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel; PÉREZ PARENTE, Juan Antonio, “La pena de localización...”, op. cit., pp. 1080-1107.

²⁹ Muy pocos casos de ejecución telemática de esta pena se efectuaron mediante el sistema de vigilancia electrónica pasiva, tal como se controla electrónicamente el tercer grado en cumplimiento del art. 86.4 del Reglamento penitenciario. Vid., al respecto, OTERO GONZÁLEZ, Pilar, *Control telemático de penados. Análisis jurídico, económico y social*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 33 y ss.

³⁰ Existen otros posibles medios acreditativos de la identidad del vigilado mediante biométricos, esto es, el medio por el cual una persona puede ser identificada por la evaluación de uno o más atributos biológicos distintivos, como una huella digital, atributos faciales, ondas de voz, geometría de la mano o del lóbulo, patrones del iris o una exploración retiniana.

voz. La elección de este medio era lógica si tenemos en cuenta que las personas a las que se impone están obligadas a permanecer todo el tiempo en un lugar determinado, normalmente el domicilio³¹ -hasta la citada reforma-, sin seguimiento permanente. Consistía en grabar la voz al penado, hacerle un cronograma de los días que tiene que cumplir (recordemos que puede cumplirse de forma discontinua –art. 37.2 CP) y todo ello quedaba plasmado en el sistema de control de II.PP. Se efectuaban entre cinco y ocho llamadas al día de forma aleatoria, pidiéndole que repitiera una frase. El sistema permite detectar si es o no la voz del vigilado.

Resultaba paradójica la elección de este medio electrónico como modo de ejecución de una pena catalogada antes de la reforma por LO 5/2010 como leve, aplicable entonces a las faltas, y cuya duración máxima era de 12 días (aunque por el juego de sustitución de las penas podía llegar a treinta de días de cumplimiento que, en el caso de imponerse de forma discontinua, implicaba cierta dilatación en el tiempo). Toda la complejidad y el elevado coste que supone poner en marcha estos dispositivos electrónicos de alta tecnología parecía un despropósito³² desde el punto de vista económico pues implicaba no amortizar esta inversión inicial si se aplicaba a un ámbito tan reducido y poco trascendente.

Las circunstancias de ejecución de la pena de localización permanente se recogieron en el art. 14 del RD 515/2005, de 6 de mayo, y en el art. 5 de la Instrucción DGIP 13/2005³³, conteniendo una regulación excesivamente ambigua en cuanto a la exigencia de autorización del penado para someterse a esta forma telemática de ejecución de la pena, pues requerían expresamente la conformidad de los titulares de la vivienda o de la línea telefónica. Esta distinción entre titulares y penado³⁴ podía implicar que no se exigiera la autorización de este último si no fuera titular de ninguno de los dos extremos anteriores, por lo que podría haber conflicto con el derecho a la intimidad de actuarse sin su consentimiento. Sin embargo, en la práctica se estuvo solicitando doble autorización escrita al penado y a los titulares de la vivienda/línea telefónica. Por lo demás, esta interpretación se deducía claramente

³¹ NELLIS, Mike, “Electronic monitoring of offenders in England and Wales”, en *British Journal of Criminology*, nº 31, 1991, pp. 173, 178 y 180, advierte al respecto los problemas que presenta el arresto domiciliario con monitorización electrónica en los casos de los “homeless” o personas sin techo o los que viven en casas de acogida, lo que puede generar guetos de alienación. También, FROMENT, Jean-Charles, “La surveillance électronique à domicile: une nouvelle économie du pouvoir de punir?”, en *Les cahiers de la sécurité intérieure*, nº 34, 1998, p. 163, destacando la posible desigualdad que se genera en la pulsera electrónica pues sólo está prevista para aquellos que tengan cierta estabilidad social.

³² O en palabras de GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿El fin de los muros en las prisiones? Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado*, Madrid: Slovento, 2005, p. 158 “algo casi grotesco”. El mismo, *Cárcel electrónica. Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 130.

³³ Vid., asimismo, la I-8/2009 DGCTMA sobre *Criterios comunes para la gestión de determinados procedimientos*, entre ellos la gestión de la pena de localización permanente.

³⁴ Como destaca al respecto RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, Eduardo, *El sistema de penas y las reglas de determinación de la pena tras las reformas del Código penal de 2003*, 2ª edición, Pamplona: Aranzadi, 2005, p. 33.

del Anexo I. Procedimiento para la ejecución del cumplimiento de la pena de localización permanente (I 13/2005 TGP): “*Durante la entrevista con el penado, se realizará un registro inicial de voz*” y, evidentemente, no puede realizarse de forma coactiva. Es lógico que ello se hiciera así por interpretación analógica con el art. 86.4 RP que expresamente establece “*de modo voluntario, el interno acepte el control de su presencia fuera del Centro mediante dispositivos telemáticos adecuados*”.

Por otra parte³⁵, tanto el RD como la I 13/2005 se olvidaron también de exigir el consentimiento de los familiares afectados por la medida, a diferencia de la previsión expresa establecida en la I 13/2006 para el cumplimiento del tercer grado mediante vigilancia telemática. Se trataba de una omisión grave en la medida en que la ejecución de la pena de localización permanente mediante verificación de voz repercute en los familiares del penado de forma más directa que ninguna otra medida de control telemático.

Si la conformidad de los titulares de la vivienda/línea telefónica no se prestaba, los servicios sociales penitenciarios lo comunicaban de inmediato al juez o tribunal sentenciador y elevaban la propuesta de modificación del plan de ejecución señalando otro medio de control para su aprobación.

Tampoco explicitaba el RD cómo se debía proceder en el caso de que se retirara la conformidad posteriormente. No obstante, lo lógico era pensar³⁶, que se habría de actuar del mismo modo que si la conformidad no se hubiese prestado desde el principio.

Finalmente, cabe señalar que la aplicación de la vigilancia electrónica fundamentalmente al ámbito del domicilio ha introducido³⁷ una cierta confusión de planos entre el espacio privado y el público porque el domicilio, ámbito de máxima protección de la intimidad, se convierte en un entorno para el cumplimiento de fines hasta ahora reservados a espacios públicos.

3.2. Evolución de su aplicación³⁸

El sistema de verificación de voz se inició en agosto de 2005 aplicándose el programa a 82 personas. Desde aquel año hasta la actualidad han pasado por el programa 7387 personas (78% hombres; 22% mujeres).

³⁵ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, *Sistema penitenciario...*, op. cit., p. 158.

³⁶ Así, ROCA AGAPITO, Luis, *El sistema de sanciones en derecho penal español*, Barcelona: Bosch, 2007, p. 150.

³⁷ Como mantiene POZA CISNEROS, María, “Las nuevas tecnologías en el ámbito penal”, en *Poder Judicial*, nº 65, 2002, p. 120. Más allá en este planteamiento llega FROMENT, Jean-Charles, “L’assignation à domicile sous surveillance électronique, l’exécution de la peine et les libertés publiques”, en *Revue Penitentiaire et de droit pénal*, nº 2, 1996, pp. 124 y ss., al afirmar que la pena, sobre todo la que hace referencia al brazalete electrónico se inscribe directamente en el cuerpo del penado, por lo que se diluye al máximo la frontera entre lo público y lo privado.

³⁸ Fuente: José Manuel Bermudo Castellano. Jefe de Área de Medio Abierto y Control Telemático, (Secretaría General de Instituciones Penitenciarias).

Como se desarrollará a continuación, tras la reforma introducida por el RD 840/2011, se disminuye poco a poco el número de planes de ejecución. El cumplimiento de penas de localización permanente mediante verificación de voz se da prácticamente por finalizado en el último trimestre de 2013³⁹.

3.3. *Eficacia.*

Hasta esa fecha, entre un 10% y un 15% de los penados incumplió de algún modo el programa de seguimiento de la pena de localización permanente impuesto. De ello, como se detallará más adelante, se daba comunicación al juzgado sentenciador para la resolución que procediera. El alto grado de eficacia se debía a que su ejecución se efectuaba en un plazo muy breve de tiempo (recordemos que se configuró originariamente con una duración máxima de 12 días) que, al no implicar una perturbación relevante de la vida del penado, propiciaba su efectivo cumplimiento. Por tanto, el grado de cumplimiento hay que cifrarlo más en el tipo de pena que en su modo de ejecución.

El control telemático mediante verificación de voz de esta pena fue especialmente idóneo en el ámbito previsto en el art. 620,2º⁴⁰ (coacciones, amenazas, injurias o vejaciones de carácter leve, cuando el ofendido fuere una de las personas a las que se refiere el art. 173.2) puesto que esta pena se cumplía –y se sigue cumpliendo– siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima. En efecto, si se impusiera la pena de localización permanente sin utilizar medios telemáticos puede incrementar el riesgo de quebrantamiento en estos casos sobre todo cuando el hecho constituye un episodio aislado y, en muchas ocasiones, sin interrupción de la convivencia familiar, no debiéndose olvidar⁴¹ que la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (pena alternativa prevista en el entonces art. 620.2º) es de carácter voluntario, siendo necesario el consentimiento del penado para su imposición y en caso de coincidir el domicilio del agresor con el de la víctima y se niegue aquél a la realización de trabajos en beneficio de la comunidad nos podíamos encontrar con la imposibilidad material de aplicación de la pena.

³⁹ Tampoco se contemplan actualmente otros medios telemáticos de control. Según el último Informe General de Instituciones Penitenciarias publicado de 2016, a esa fecha sólo había cuatro casos de ejecución de esta pena mediante sistema de radio frecuencia (vigilancia electrónica pasiva, ex. Art. 86.4 Reglamento Penitenciario).

http://www.interior.gob.es/documents/642317/1202140/Informe_General_IIPP_2016_12615039X.pdf/3d3b743f-4527-453a-a185-2b3976f724bf

⁴⁰ Vid., los actuales arts. 171.7, II; 172. 3, II y 173.4 CP.

⁴¹ Así, Themis, “Informe sobre algunas de las últimas reformas legales en materia de protección a las víctimas de violencia de género”, 2005, y Themis, “Consideraciones a las reformas recientes y en proyecto”, febrero, 2003, advirtiendo este inconveniente, propuso que en los casos de violencia doméstica se mantuviera la figura del arresto de fin de semana, dotándose establecimientos para su cumplimiento.

III. La LO 5/2010: giro de 180°

1. *Naturaleza*

Como es sabido, ante la carencia de penas alternativas a las penas cortas de prisión, la LO 5/2010 de modificación del CP potenció esta sanción al convertirla en pena menos grave (“tendrá una duración de hasta seis meses” reza el art. 37 CP). En efecto, pasó a tener una doble naturaleza: como pena menos grave en el art. 33.3 CP⁴² y como pena leve cuando su duración abarcase de un día a tres meses (artículo 33.4, h). Sin embargo, si repasamos el texto punitivo de la Parte Especial de entonces⁴³ la pena de localización permanente se hallaba prevista con una duración que en ningún caso superaba los doce días de privación de libertad.

Su consideración como menos grave, en consecuencia, parece que se introdujo para dar cobertura a la previsión de la sustitución de la pena de prisión por la de localización permanente a través del entonces art. 88.1 CP (hoy suprimido).

Sea como fuere, la reforma mencionada, al mudar su naturaleza jurídica original de pena leve y optar por la extensión de su duración hasta un límite de seis meses, planteó *teóricamente*⁴⁴ sin duda problemas aplicativos importantes, porque un arresto domiciliario tiene sentido como privación de libertad breve, a ejecutar en plazos cortos que no impliquen una perturbación relevante de la vida ordinaria del penado, debiendo plantearse otras posibilidades de control, pues una prolongación de esta pena, dadas las condiciones peculiares de su cumplimiento, propiciaría su quebrantamiento.

En efecto, la LO 5/2010 buscó intensificar –al menos, conforme a su previsión en la Parte General- el poder intimidatorio de la pena extendiendo su duración hasta seis meses, pero nuevamente la iniciativa topó con su previsible falta de practicidad, ya que alargar su cumplimiento más allá de los doce días originarios imposibilitaría su debido control, porque difícilmente es concebible que el reo asuma un encierro domiciliario no sujeto a restricciones externas durante un período que se puede prolongar por meses, hasta un máximo equivalente a medio año. Tampoco parece factible un control de periodicidad mínima diaria ejercido por agentes policiales mediante presentación personal en el domicilio del reo durante un período de tiempo tan prolongado, lo que además les distrae del desempeño de otras funciones más acordes con su concepción de fuerzas y cuerpos de seguridad. Y, en todo caso, persiste la objeción última de que un encierro domiciliario carece de

⁴² Sobre el régimen jurídico de la pena de localización permanente, vid., MAGRO SERVET, Vicente, “Nuevo régimen de las medidas alternativas a la prisión en el Proyecto de reforma del Código Penal”, en *La Ley*, nº 6726, viernes, 1 de junio de 2007, pp. 3-4.

⁴³ En efecto, estaba prevista antes de la reforma por LO 1/2015 en los siguientes preceptos: 617.1 y 2, 618.1, 620, 2º, 623, 625, 626, 629, 633, 635 y 637, con una duración como máximo de 12 días, sin experimentar ninguna variación a pesar de la ampliación del marco penal.

⁴⁴ Subrayo *teóricamente* porque, insisto, no se amplió la duración de 12 días de esta pena en ningún precepto de la Parte Especial, más allá de su posible ampliación cuando se aplicase vía sustitución.

toda virtualidad preventivo-especial al no conllevar ningún tipo de intervención en la personalidad del sometido⁴⁵, al margen del puro constreñimiento de su libertad ambulatoria.

Estas razones de dificultad en la ejecución por la nueva duración de esta pena no fueron precisamente las razones que adujo el Pleno del Consejo General del Poder Judicial⁴⁶ para considerar conveniente que se mantuviera el perfil de naturaleza leve y su aplicación exclusivamente al ámbito de las faltas, argumentándose para ello que su utilidad para la represión de las conductas constitutivas de falta podría ser discutida, pero no negada de plano, pues en último término responde a una larga tradición jurídica en nuestro país. Lo que ya no resultaba fácilmente asumible, en opinión del Consejo, era que una pena concebida por su baja intensidad retributiva como respuesta adecuada para infracciones de ínfima gravedad pueda servir de sustituto de una pena de naturaleza menos grave como es la prisión de hasta dos años de duración. En consecuencia, sin plantearse, conforme a opciones más progresistas, las posibilidades de penas alternativas a la prisión, y sin explorar otra finalidad distinta a la del castigo de esta pena, consideraba la inadecuación de una pena leve para sustituir a las penas cortas de prisión por su baja intensidad retributiva.

Por el contrario, coincido con Félix Pantoja García, quien formuló voto particular al informe del anteproyecto, al considerar que no se explica en el informe lo arriesgado de dotarla de rango de pena menos grave. No se explica, en definitiva, por qué se duda de que pueda valer para las penas leves y no para las menos graves, si no es por los reiterados esfuerzos del informe en mantener los criterios punitivos de la Ley 15/2003, negando un nuevo modelo de política criminal que ofrece un abanico de opciones distintas a la pena de prisión, formulando, por otro lado, juicios anticipados sobre el fracaso, tal como se vertieron en su momento respecto de la pena de arresto de fin de semana, y negando toda virtualidad a la prevención especial de estas penas sin dar ninguna justificación para mantener tal postura. A todo, ello, cabe añadir que la elevación de rango a pena menos grave suponía, aun con denominación distinta, un acercamiento a los postulados europeos, que todavía a fecha de hoy no se ha puesto en práctica.

2. Ejecución

Quizá para salvar los obstáculos de control enunciados, la LO 5/2010 añadió asimismo un apartado cuarto al artículo 37 CP para autorizar el uso de medios electrónicos en el control del cumplimiento de la localización permanente, previ-

⁴⁵ Garantizando el bienestar físico y psíquico del condenado, como indica GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta, “La pena de localización permanente (art. 37)”, en *Comentarios a la Reforma Penal de 2010* (Fco. Javier Álvarez García; José Luis González Cussac –Drs.) Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 98.

⁴⁶ Cfr., Informe preceptivo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 27 de octubre de 2006 sobre el Anteproyecto de modificación parcial del CP vigente aprobado por Consejo de Ministros celebrado el 13 de julio de 2006.

sión coherente con la potenciación de la aplicación de las nuevas tecnologías al ámbito de ejecución de las penas y acertada desde el punto de vista formal, al preverse su implantación en una norma de rango legal, pues tales aspectos de la ejecución tienen relevancia suficiente para que sea recomendable no relegarlos al ámbito reglamentario, tal como venía estableciéndose desde el RD 515/2005, de 6 de mayo, *sobre las circunstancias de ejecución de la pena de localización permanente*.

Sin embargo, contra todo pronóstico y a pesar de esta previsión legal del control telemático de esta pena, el Legislador en realidad la endureció no sólo en lo que respecta a su duración sino también en el modo de cumplimiento al añadir en la citada reforma un 2º párrafo en el art. 37.1 CP⁴⁷, en que se señala(ba) que en los casos en los que la localización permanente esté prevista (1) como pena principal, (2) atendiendo a la reiteración en la comisión de la infracción y (3) siempre que así lo disponga expresamente el concreto precepto aplicable, el Juez (4) podrá acordar en sentencia que la pena de localización permanente se cumpla los sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado, lo que suponía un nuevo fraude de etiquetas, al enmascarar un nuevo “arresto de fin de semana” bajo la denominación de “localización permanente”. Esta previsión conforme a lo establecido en la LO 5/2010 se hizo para un único supuesto⁴⁸: la comisión reiterada de faltas de hurto en los términos previstos en el entonces art. 623.1 CP⁴⁹.

A pesar de que se contempló para un supuesto excepcional y de imposición facultativa por parte del Juez, no se correspondió con el esfuerzo regulador que potenció este modo de cumplimiento. En efecto, se aprobó el RD 840/2011, de 17 de junio (que derogó el RD 515/2005, 6-5 en su totalidad y, en consecuencia, todo lo relativo al cumplimiento de forma telemática), detallando las circunstancias de ejecución de la localización permanente en centro penitenciario⁵⁰.

⁴⁷ Actualmente, se mantiene esta previsión de forma idéntica.

⁴⁸ Rezaba la Exposición de Motivos de la LO 5/2010: “Como aclara la nueva redacción dada al artículo 37, serán los concretos preceptos del Libro III los que den al Juez la posibilidad de acudir a este régimen excepcional de cumplimiento. La presente reforma opta por restringir su aplicación a las faltas reiteradas de hurto por un doble motivo. Por una parte, se trata del supuesto que, sobre todo en los núcleos urbanos más importantes, ha generado la mayor preocupación ciudadana y es el que a día de hoy realmente requiere la adopción de esta medida. Por otro, la restricción de esta modalidad de localización permanente a un supuesto puntual permitirá aprovechar adecuadamente los recursos disponibles en el sistema penitenciario.

La reiteración se hace depender del número de faltas cometidas, ya haya recaído condena por todas ellas en un solo proceso o en procesos distintos. En los casos de faltas de hurto no juzgadas que superen los 400 euros de importe, será de aplicación el párrafo final del artículo 234 y la conducta habrá de ser considerada como delito”.

⁴⁹ La jurisprudencia, además, lo aplicó en contadas ocasiones, fundamentalmente porque en la mayoría de los casos no pudo acreditarse la reiteración de las faltas de hurto. Así, SAP Barcelona, 3ª, 383/2012, 17-4; SAP Barcelona, 9ª, 297/2015-2-4. Incluso en un supuesto en que se había impuesto pena de localización permanente en centro penitenciario por falta reiterada de hurto, se apela tras la reforma por LO 1/2015 imponiéndose en SAP Barcelona, 9ª, 600/2015, 13-7, que revoca la anterior, la pena de cincuenta días de multa con una cuota diaria de seis euros, en lugar de la de localización permanente.

⁵⁰ Para un detalle de las circunstancias de ejecución derivadas del RD 840/2011, véase AA.VV., *Memento*

Esta derogación ha determinado que ya no se ejecute el seguimiento de esta pena por control telemático, a pesar de haberse habilitado de forma expresa en una norma con rango legal (art. 37.4 CP). En efecto, según información del Jefe de Área de Medio Abierto y Control Telemático, (Secretaría General de Instituciones Penitenciarias)⁵¹, desde el mentado RD 840/2011 y su correspondiente I 11/2011, 7-7-, los únicos controles biométricos de voz que se mantienen se refieren a penas de localización permanente pendientes de ejecución impuestas antes de la mencionada Instrucción (por ejemplo, porque se hubiese impuesto en sentencia anterior a 2011 una pena de prisión de larga duración junto con una pena de localización permanente y, una vez cumplida la condena de prisión, quedase pendiente el cumplimiento de la localización permanente).

En consecuencia, existe –desde este momento y hasta la actualidad- un vacío normativo respecto al desarrollo de las circunstancias de ejecución de esta pena cuando no se cumple en centro penitenciario, que es SIEMPRE⁵², por lo que deberá ser el juez o tribunal sentenciador quien diseñe el plan de ejecución.

IV. La LO 1/2015: aplicación residual

Esta reforma del Código penal no afecta a la previsión, naturaleza y modo de cumplimiento de la pena, pues se mantiene regulada de forma idéntica en el art. 37 CP con una duración de hasta seis meses. Sin embargo, hay una discordancia entre esta duración máxima, que conlleva su catalogación como pena menos grave (lo que constituiría el tramo de 3 meses y un día a seis meses) y la supresión en el art. 33.3 CP de la modalidad de la localización permanente como pena menos grave (de tres meses y un día a seis meses), manteniéndose, en cambio, como pena leve en el art. 33.4 CP con una duración de un día a tres meses. Discordancia que no se sabe si es debida a una errata del art. 37 CP que, en coherencia con el art. 33.4 CP debería limitar su duración máxima a tres meses (pena leve), o, por el contrario, si

Práctico de Derecho Penal, Santiago de Compostela/Madrid: Francis Lefebvre, 2016, marginal 5136 y ss. Estas circunstancias de ejecución posteriormente fueron desarrolladas mediante la Instrucción 11/2011, 7-7 GGCTMA que derogó, a su vez, la I 13/2005.

⁵¹ Entrevista mantenida con José Manuel Bermudo Castellano el 10 de mayo de 2018.

⁵² Conforme a la LO 5/2010, se previó en la Parte Especial el cumplimiento de esta pena en lugar distinto y separado del domicilio de la víctima en casos de violencia de género, cuando se impusiere como pena sustitutiva a la prisión, de forma alternativa a trabajos en beneficio de la comunidad (art. 88.1 3º). En estos supuestos, el Juez o Tribunal estaba obligado a imponer adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1.ª y 2.ª, del apartado 1 del artículo 83 CP.

Del mismo modo, se contempló como pena principal en los supuestos del antiguo 620. 2º CP, es decir, en los casos de amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 –supuestos de violencia doméstica–, con una duración de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, de forma alternativa a los trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a 10 días. Se suprimió en estos casos la pena de multa porque, evidentemente, repercutía de forma negativa en todo el ámbito familiar.

en coherencia con el art. 37 CP, la errata hace referencia a la omisión como pena menos grave en el art. 33.3 CP, lo que obedecería a un defecto de transcripción de la LO 5/2010 a la LO 1/2015.

Sin embargo, como es sabido, la reforma del CP por LO 1/2015 suprime las faltas, lo que afecta profundamente a la pena de localización permanente, que prácticamente se ha quedado sin aplicación⁵³, manteniendo una previsión meramente residual. Aunque si nos atenemos al porcentaje⁵⁴ de casos a los que se aplicaba antes de la reforma, prácticamente insignificantes en relación con la pena de multa, concluiremos que la escasa previsión actual es coherente con la histórica escasa aplicación real de esta pena.

En efecto, actualmente sólo se impone como pena principal (si bien de forma alternativa a TBC y a multa) en *delitos leves* relacionados con la *violencia doméstica* (arts. 171.7, 2º párrafo, 172.3, 2º párrafo y 173.4 CP) con una duración *máxima de 30 días*, lo que constituye una novedad al prolongarse su duración notablemente –ya que la máxima duración de esta pena prevista en la Parte Especial conforme a la reforma por LO 5/2010 era de ocho días–; como responsabilidad personal subsidiaria alternativa a la prisión en caso de impago de multa en delitos leves (art. 53 CP que puede llegar a superar los seis meses⁵⁵); y en sustitución de la pena de prisión inferior a tres meses (en la determinación de la pena inferior en grado del art. 71.2 CP), que puede llegar a alcanzar como máximo 3 meses menos un día.

Por lo que respecta a la previsión, que se mantiene en el art. 37.1, II párrafo CP, relativa a la posibilidad de cumplimiento de esta pena en *centro penitenciario*, atendiendo a la reiteración en la comisión de la infracción y siempre que así lo disponga expresamente el concreto precepto aplicable, actualmente no hay ningún supuesto contemplado en la Parte Especial, una vez derogado el art. 623.1 CP. En consecuencia, esta última previsión debería suprimirse salvo que el Legislador la haya mantenido –sus motivos son siempre inescrutables– para poder incluir esta posibilidad en futuras reformas de la Parte Especial.

1. Especial referencia a su aplicación como pena principal en el ámbito de la violencia doméstica

Como se ha adelantado, la pena de localización permanente como pena principal sólo está prevista en la Parte Especial para los delitos leves relacionados con la

⁵³ CARDENAL MONTRAVETA, Sergi, *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015* (Directores Mirentxu Corcoy Bidasolo y Santiago Mir Puig), Valencia: Tirano lo Blanch, 2015, p. 204.

⁵⁴ En torno al 0,1% con escasa variación en el tiempo (estudio entre 2008 y 2011) según BARQUÍN SANZ, Jesús; LUNA DEL CASTILLO, Juan de Dios, “En los dominios de la prisión. Distribución numérica de las penas en el código y en la justicia penal”, en *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, nº 14-16, 2012, p. 46, tabla 5.

⁵⁵ Vid., ampliamente, GIL GIL, Alicia, (et. al.), *Consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., pp. 131-132.

violencia doméstica⁵⁶ con una duración máxima de 30 días (no para delitos menos graves, a pesar de su posibilidad regulada en el art. 37 CP que podría llegar a una duración de hasta seis meses).

En concreto, se aplica en las amenazas leves sin armas en el ámbito doméstico (171.7, 2º párrafo); en las coacciones leves domésticas 172.3, 2º párrafo, y en las injurias leves (ámbito doméstico y de género porque no hay diferenciación en el precepto) del art. 173.4. En todas ellas se prevé que la localización permanente, de 5 a 30 días, sea en domicilio distinto y alejado del de la víctima.

No hay que olvidar que, en todos estos casos, la pena de localización permanente se prevé de forma alternativa a TBC o a multa⁵⁷. Si se impusiere multa, por mandato expreso de los preceptos anteriormente señalados, deberá tenerse en cuenta a este respecto la advertencia señalada en el art. 84.2 CP⁵⁸ esto es, solamente deberá imponerse cuando conste acreditado que entre el sujeto activo y el/los sujeto/s pasivo/s no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común, para no perjudicar con el pago de la multa a todo el círculo familiar.

Por tanto, el único ámbito de aplicación actual de la localización permanente es para delitos leves relacionados con la violencia doméstica (junto con las injurias leves del art. 173.4 CP, que se refieren tanto a violencia de género como domésti-

⁵⁶ Por el contrario, los delitos de *violencia de género*, están configurados en el Código como *delitos menos graves*, no como delitos leves, salvo las injurias leves del art. 173.4 CP que, al no diferenciar como sujeto pasivo, entre mujer y el resto del círculo familiar, se entiende que están incluidos en el precepto tanto los casos de violencia de género como de violencia doméstica. Salvo en este último supuesto, que se aplica la pena de localización permanente, en el resto de los delitos de violencia de género previstos en el Código que son menos graves, se les impone prisión o TBC.

Así, en las amenazas leves en violencia de género, previstas en art. 171.4 CP, no cabe la localización permanente. Si son amenazas leves en el ámbito doméstico, y esta amenaza leve se realiza con armas (171.5 CP) queda configurada como delito menos grave y, por tanto, tampoco cabe, en este caso, la localización permanente. Cuando la amenaza leve no sea con armas y afecte a las personas del 173.2 CP, es decir, ámbito doméstico (salvo a la mujer que siempre está incluida en el punto 4 y se configura como un delito menos grave sin posibilidad, insisto, de aplicación de la localización permanente) el hecho es un delito leve de amenazas, del 171.7 CP. En el segundo párrafo de ese punto (171.7) el Legislador expresamente prevé, insisto, en doméstica, pues en género es impensable como pena principal, que la pena sea la localización permanente de 5-30 días, siempre en domicilio distinto y alejado del de la víctima.

Esto mismo se prevé en las coacciones leves domésticas, que siempre, a diferencia de la legislación anterior, son delito leve. No existe el delito menos grave de coacciones domésticas. En estos casos se prevé la localización permanente en domicilio distinto y alejado del de la víctima en el art. 172.3 2º párrafo, con una duración de 5 a 30 días. Sólo subsisten las coacciones leves como delito menos grave en el ámbito de la violencia de género (art. 172.2 CP) y, en consecuencia, en estos casos tampoco se aplica la localización permanente.

⁵⁷ Precisamente se mantiene en los casos de violencia doméstica como pena principal de forma alternativa a multa para evitar la aplicación de la multa cuando esta resulte perjudicial para todo el núcleo familiar. Vid., al respecto, BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, “Las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente”, en *Comentarios a la reforma penal de 2015* (González Cussac –Dir.–), Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 256.

⁵⁸ En este caso en relación con la pena de multa que puede imponer el juez o tribunal como condición a la suspensión de la ejecución de la pena.

ca), y se cumplirá siempre en domicilio distinto y alejado del de la víctima⁵⁹. Actualmente, no hay posibilidad real de cumplimiento ni en centro penitenciario ni en el propio domicilio del penado si es el mismo que el de la víctima (cuando se impone como pena principal). Ni tampoco se extiende su aplicación a delitos menos graves a pesar de la previsión del art. 37 CP. Ello parece indicar que la errata –a la que aludíamos anteriormente– puede encontrarse en este último precepto al mantenerse incoherentemente su configuración como pena menos grave con una duración máxima de seis meses.

V. Cumplimiento/incumplimiento de la pena y su valoración

Ya se ha señalado que el alto grado de cumplimiento ha obedecido por lo general a su escasa duración. Por esta razón, parte de la doctrina⁶⁰ consideró que esta pena –tal como se introdujo por LO 15/2003– no era adecuada como modo de ejecución de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, pues, por el cómputo de sustitución de las penas, podía llegar a los 30 o incluso 90 días, ya que en estos supuestos nunca ha regido la limitación de la duración de la pena establecida en el art. 37.1 CP.

Esta diferencia de duración entre la aplicación de la localización permanente como pena principal o como responsabilidad personal subsidiaria se ha acortado en las sucesivas reformas. En efecto, tras LO 1/2015 se mantiene la localización permanente como forma de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa en delitos leves con la misma conversión (por cada dos cuotas diarias no satisfechas equivale a un día de localización permanente) y sin que rijan igualmente la limitación del apartado 1 del art. 37, tal como declara el art. 53.1 CP. Sin embargo, esta advertencia actualmente resulta superflua puesto que la pena leve de multa, de hasta 3 meses (art. 33.4 g), si se incumple podría llegar en régimen de localización permanente por vía de sustitución a una duración máxima de 45 días, lo que nunca alcanzaría el máximo de la pena previsto en el art. 37.1 CP (seis meses) salvo que concurra un concurso real de delitos leves⁶¹.

En resumen, debido a la prolongación de su duración, actualmente existe un riesgo mayor de incumplimiento de esta pena no sólo cuando se aplica vía responsabilidad personal subsidiaria sino también en su modalidad de pena principal.

⁵⁹ Se suele señalar el domicilio actual del reo si la pareja está separada y, en caso negativo, si no cuenta con otro, el domicilio de los padres o de algún otro familiar.

⁶⁰ Así, TÉLLEZ AGUILERA, Abel, *Nuevas penas*, op. cit., p. 85. El mismo, “La reforma del Código penal y sus implicaciones penológicas”, en *La Ley Penal*, nº 1, 2004, p. 35. Por su parte, GONZÁLEZ RUS, Juan José, “Control electrónico y sistema penitenciario”, en *VIII Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Sevilla: Junta de Andalucía, Dirección General de Administración Local y Justicia, 1994, p. 75, considera útil el arresto domiciliario con control electrónico en supuestos tan cuestionables como el arresto sustitutorio por impago de multa pues supone abrir una vía intermedia entre dos alternativas insatisfactorias como son la prisión o el impago sin consecuencias.

⁶¹ Cfr., GARCÍA ALBERO, Ramón; TORRES ROSSEL, Nuria, *Comentarios...*, op. cit., p. 414.

La primera garantía de cumplimiento es la necesaria notificación personal al penado de la liquidación de la condena, especificando con claridad los días concretos de cumplimiento y el lugar, haciendo constar todos los datos individualizadores, con el consiguiente apercibimiento de incurrir en delito de quebrantamiento de condena si no cumple íntegramente la pena. Esa liquidación habrá de trasladarse junto con el correspondiente oficio a la Policía Judicial, o, en su caso a los funcionarios de la Policía Municipal, en labores de Policía Judicial a fin de que se personen en el domicilio designado los días de cumplimiento para asegurarse de la presencia del penado en él. Cada día concreto señalado en la liquidación habrá de cumplirse desde las cero horas del primer día de la condena hasta las 24 horas⁶².

En caso de incumplimiento, el art. 37.3 CP señala, de forma redundante, que el juez o tribunal deducirá testimonio para proceder de conformidad con lo que dispone el art. 468 CP, que regula el quebrantamiento, sin especificar nada más al respecto⁶³. La Circular 2/2004 FGE⁶⁴ completa esta carencia legal añadiendo el criterio de interesar, además de la correspondiente deducción de testimonio, la práctica de nueva liquidación de condena y la reanudación de la ejecución de la pena de localización permanente quebrantada.

Consciente la Fiscalía de que no hay ningún apoyo legal que permita valorar de un modo concreto cuándo se incumple esta pena, pues a diferencia del antecedente de los arrestos de fines de semana, cuya regulación en el art. 37.3 CP establecía que si el condenado incurría en dos ausencias no justificadas, el Juez de Vigilancia deduciría testimonio por el quebrantamiento de condena, en el caso de la localización permanente el testimonio por quebrantamiento admite que podrá expedirse ante cualquier incumplimiento del deber de permanencia, no siendo necesario que las ausencias se detecten en más de un día. Ello, no obstante, -continúa la Circular- para evaluar globalmente la entidad de los incumplimientos y si concurren o no indicios de quebrantamiento será conveniente analizar conjuntamente el informe de la Policía en el que se especifique el total de *los incumplimientos* detectados.

Por otro lado, mientras se ejecutó esta pena mediante el sistema de verificación biométrica de voz, se procedía a su seguimiento comunicándose al juez o tribunal sentenciador y al Centro penitenciario⁶⁵ cualquier incidencia recogida en el dispositivo que implicase el incumplimiento de la pena. Debido a la ambigüedad del RD y de la Instrucción 13/2005 (cuyos artículos 14 y 10 respectivamente no especifican

⁶² Cfr., Circular 2/2004 FGE.

⁶³ Es, por tanto, un inciso superfluo que merece su supresión. Vid., GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta, "La pena de localización permanente...", op. cit., p. 98. MUÑOZ CUESTA, Javier, "La nueva pena de localización permanente", op. cit., p. 75. También MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, "La pena de localización", op. cit., p. 65. GARCÍA ALBERO, Ramón; TORRES ROSELL, Nuria, *Comentarios...*, op. cit., p. 419. IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel; PÉREZ PARENTE, Juan Antonio, "La pena de localización...", op. cit., p. 1075.

⁶⁴ Circular FGE 2/2004, p. 18.

⁶⁵ En cumplimiento del art. 15 del RD 515/2005 de 6 de mayo, y del punto 10 de la Instrucción 13/2005 TGP.

qué tipo de circunstancias pueden implicar el incumplimiento de la pena) en la práctica se venía flexibilizando y filtrando la valoración de este incumplimiento. Para ello se concedían amplias facultades al funcionario correspondiente de la Unidad de Vigilancia Electrónica de la Dirección General de II.PP., encargado de su ejecución, quien no sólo controlaba las incidencias, sino que efectuaba una valoración final dirigida al juez sentenciador, recomendándole si podía darse o no la pena por cumplida.

En consecuencia, tanto de la Circular 2/2004 FGE (*evaluar globalmente la entidad de “los incumplimientos”* –en plural-) como de la valoración de la Unidad de Vigilancia Electrónica, anteriormente expuesta, se deduce la flexibilización y la graduación de este incumplimiento a efectos del delito de quebrantamiento. Asimismo, parte de la jurisprudencia sigue esta línea aplicando el principio de insignificancia⁶⁶. La mayoría, sin embargo, condena por delito de quebrantamiento ante el primer incumplimiento⁶⁷ siendo necesario en todo caso el requerimiento⁶⁸.

Es adecuado mantener la primera interpretación restrictiva, esto es, debe valorarse globalmente los incumplimientos atendiendo al principio de insignificancia -habida cuenta de que el art. 37.3 CP no regula nada en contrario-, no debiéndose olvidar que nos hallamos -al menos, hasta la Reforma por LO 5/2010-, en el ámbito de ejecución de una pena leve. Pero fundamentalmente debe interpretarse así porque las consecuencias del quebrantamiento de la localización permanente, al ser una pena privativa de libertad, son desproporcionadas ya que el art. 468.1 CP, primer inciso, obliga a imponer la pena de prisión de seis meses a un año y, por tanto, de una gravedad y con una duración muy superior a la de la pena quebranta-

⁶⁶ SAP Tarragona, 2ª, 497/2011, 26-9: inexistencia de quebrantamiento por ausentarse escasamente 10 minutos para realizar una llamada telefónica para dar el pésame por el fallecimiento de una familiar, encontrándose localizada en su domicilio el resto de los días en los que acudió la policía para comprobar el cumplimiento de la condena. SAP Valencia, 2ª, 271/2018, 7-5: inexistencia de quebrantamiento por detección de una única ausencia por la tarde, habiendo corroborado que por la mañana sí se encontraba en su domicilio: si bien el tipo no establece un mínimo patrón temporal para apreciar su comisión, una única infracción podrá dar lugar a consecuencias de otra índole como la imposición de un día adicional de cumplimiento. SAP Valencia, 2ª, 758/2016, 30-11: una falta de localización puntual no da lugar a quebrantamiento de condena, pues supone ausencia de voluntad de sustraerse definitivamente a la ejecución.

⁶⁷ Así, SAP Cantabria, 1ª, 477/2011, 16-12, se acredita al no recibir respuesta a sus continuas llamadas a los timbres del portal y de la puerta de la vivienda, el día 3 de octubre de 2008. SAP Córdoba, 2ª, 130/2013, 25-4: quebrantamiento por incumplir uno de los días señalados para la ejecución de la pena de localización permanente. SAP Coruña, 1ª, 23/2018, 15-1; SAP Salamanca, 1ª, 15/2011, 7-2: llamar al timbre y no contestar nadie es suficiente para presumir el incumplimiento; SAP Zaragoza, 3ª, 121/2010, 27-5: el día de los hechos llamaron al timbre del inmueble donde vivía la acusada y debía cumplir la pena de localización permanente y que no contestó nadie. SAP Jaén, 2ª, 128/2011, 6-10: ha resultado probado que el día X el acusado no se encontraba en el domicilio que había indicado para el cumplimiento de la pena de localización permanente.

⁶⁸ Auto AP Navarra, 2ª, 225/2016, 18-8: la falta de requerimiento para el inicio del cumplimiento de la pena de localización permanente impuesta hace que no pueda tenerse por cumplida la misma, sin que sirva para ello el requerimiento realizado para que el penado indicara los días y el lugar en que iba a cumplirla a efectos de la liquidación de condena. De manera que la estancia voluntaria en un lugar cualquiera, sin previa liquidación de condena y requerimiento realizado por el órgano de ejecución carece de relevancia alguna. Vid., también SAP Santa Cruz de Tenerife, 2ª, 255/2011, 29-4; SAP Burgos, 1ª, 511/2013, 21-11.

da. Desde esta perspectiva⁶⁹, le sale más rentable al reo dejar de cumplir la pena desde el principio, es decir, antes de que se inicie la ejecución, pues en este caso, deberá aplicársele la consecuencia prevista en el segundo inciso del art. 468.1 CP, esto es, multa de 12 a 24 meses porque todavía no está en situación de privación de libertad, mientras que cuando el sujeto quebranta la pena de localización permanente ya la estaba cumpliendo, ya estaba, en consecuencia, privado de libertad, en cuyo caso corresponde aplicarle el primer inciso: prisión de 6 meses a un año, interpretación que resulta convincente atendiendo al principio de proporcionalidad.

Ante esta consecuencia tan disfuncional de imponer pena de prisión al quebrantamiento de la localización permanente conforme al primer inciso del art. 468.1 CP, la jurisprudencia mayoritariamente⁷⁰ viene aplicando la pena de multa de acuerdo al tipo atenuado del art. 468.1 CP *in fine*, fundamentando su tesis en la antigua Instrucción 3/1999 de 7 de diciembre de la FGE⁷¹, conforme a la cual, corresponde a los Fiscales acomodar sus calificaciones a este último inciso del art. 468 CP sobre la base del principio de proporcionalidad; sobre una interpretación teleológica, entendiendo que la localización permanente es una pena cuyo ámbito ordinario de aplicación es la de los delitos leves; sobre una interpretación sistemática, dada la mayor gravedad del quebrantamiento de las penas que se cumplen en un Centro Penitenciario; sobre una interpretación gramatical, entendiendo que la interpreta-

⁶⁹ Como indican, GARCÍA ALBERO, Ramón; TORRES ROSELL, Nuria, *Comentarios...*, op. cit., p. 419; ABEL SOUTO, Miguel, *La pena de localización...*, op. cit., pp. 141-145.

⁷⁰ SAP Valladolid, 4ª, 263/2018, 19-9; SAP Navarra, 1ª, 269/2017, 28-12; SAP Cantabria, 1, 477/2011, 16-12; SAP Córdoba, 2ª, 130/2013, 25-4, aplicando la pena de multa porque, aunque la localización permanente está concebida como pena privativa de libertad, precisa de una situación fáctica de privación de libertad al tiempo de comisión del hecho delictivo. SAP Córdoba, 2ª, 130/2013, 25-4; SAP Madrid, 29ª, 413/2016, 21-7, cumpliendo la Consulta de la Fiscalía 2/2016; igualmente, SAP Barcelona, 9ª, 138/2018, 14-2 asumiendo la Consulta 1/2016; SAP Murcia, 2ª, 190/2017, 2-5; también por criterio de proporcionalidad aplica el tipo atenuado: SAP Jaén, 2ª, AP Jaén (Sección 2ª), 301/2016, 22-11; SAP Valencia, 4ª, 634/2016, 6-10; SAP Madrid, 6ª, 73/2016, 9-2; SAP Burgos, 1ª, 359/2015, 5-10; SAP Madrid, 15ª, 364/2017, 12-6; SAP Pontevedra, 5ª, 219/2011, 16-11; SAP Madrid, 23ª, 642/2017, 31-10; SAP Valencia, 2ª, 639/2017, 20-10; SAP Vizcaya, 2ª, 90274/2017, 6-10; SAP Madrid, 16ª, 291/2018, 18-4; SAP Córdoba, 2ª, (Sección 2ª), 121/2011, 12-4; SAP Madrid, 29ª, 680/2015, 12-11 (multa independientemente de los días incumplidos). Igualmente, multa independientemente de los días incumplidos, por reiteradas ausencias: SAP Barcelona, 6ª, 172/2018, 2-3. La SAP Las Palmas, 1ª, 260/2014, 31-10, desarrolla estas tesis en base a los siguientes argumentos: 1) la descripción típica para imponer pena de prisión exige que el sujeto estuviera privado de libertad, siendo así que la localización permanente no priva de libertad al afectado sino que la restringe, de tal forma que a diferencia de la pena de prisión en la cual el sujeto, no sólo carece de libertad, sino que tiene reglamentada su vida acomodada a las exigencias del régimen penitenciario, en la pena de localización permanente se le exige estar durante determinado periodo de tiempo en un lugar concreto, generalmente su domicilio, si bien dentro de éste puede actuar con absoluta libertad, a lo que debe añadirse que la reprensión insita en esta pena no viene por la custodia que desarrollan unos funcionarios públicos, sino de la posibilidad de incurrir justamente en un delito si no cumple con la pena. 2) Razones de proporcionalidad imponen no equiparar el quebrantamiento de una pena de prisión con el régimen de custodia esencialmente unida a ella, que determina por tanto una objetiva situación de riesgo para el personal funcional que la desarrolla, con el quebrantamiento de una pena que no lleva nunca tal riesgo al depender única y exclusivamente de la voluntad del propio penado.

⁷¹ Instrucción 3/1999, de 7 de diciembre, acerca del alcance del artículo 468 del Código Penal en ciertos casos de quebrantamiento de una pena privativa de libertad. En este caso en relación con el arresto de fin de semana.

ción literal del precepto “si estuvieran privados de libertad” se refiere a la situación fáctica en la que se encuentra la persona; y por último, al tratarse de la interpretación más favorable al reo.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que esta solución se adoptó desde la Fiscalía General del Estado para el antecedente inmediato de este tipo de pena, el arresto de fin de semana. Estando de acuerdo con la finalidad –no cabe duda de la desproporción que supone la consecuencia del quebrantamiento de la pena de localización permanente con arreglo al art. 468.1 primer inciso–, una de estas interpretaciones resulta *contra legem* pues considero que la privación de libertad es efectiva en la localización permanente, lo único que cambia es el espacio que constriñe la libertad del reo y las medidas de contención que delimitan ese espacio físico, pero ello no modifica ni la naturaleza de la pena ni implica que sea una pena privativa de libertad menos genuina, simplemente es más benigna acorde con los delitos leves a los que se aplica. Tampoco creo que fundamente la aplicación del tipo atenuado el hecho de que el autor despliegue una menor energía criminal⁷² a la hora de quebrantar esta pena pues el art. 468 CP no contempla conductas de mayor o menor lesividad para el bien jurídico. En cualquier caso, esa menor antijuridicidad debería graduarse dentro del marco penal aplicable (la prisión) en tanto no se modifique el precepto. Y si esta pena, en realidad, no es una efectiva situación de privación de libertad, cambiémosle la naturaleza sin caer de nuevo en un fraude de etiquetas.

En la posterior Instrucción de 7 de febrero de 2.000, se insistió por La Fiscalía en exigir que el régimen de cumplimiento de la pena privativa de libertad llevara consigo una efectiva situación de privación de libertad para poder entender colmado el primer inciso del art. 468 CP.

Y ahora esta línea se ve corroborada en la Consulta FGE 1/2016, *sobre la pena imponible por quebrantamiento de la localización permanente*, señalando que debe aplicarse el “último inciso del art. 468.1 del Código Penal en los supuestos de quebrantamiento de la pena de localización permanente cuando se cumple en el domicilio o en lugar determinado fijado por el Juez distinto de un Centro Penitenciario, puesto que, en estos supuestos, aun tratándose de una pena privativa de libertad, el régimen de cumplimiento no supone una efectiva situación de privación de libertad”.

⁷² En sentido contrario, SAP Madrid, 15ª, 442/2002, 5-9, al admitir que “supone una mayor resolución y energía criminal el escapar cuando se está privado de libertad que el no reintegrarse a un centro penitenciario o dejar de cumplir una condena que no comprende la privación de libertad” lo que “parece razonable que, ante conductas que conllevan un riesgo de enfrentamiento personal con las personas encargadas de la custodia del preso o penado, el legislador incremente la cuantía punitiva”. Desarrolla este hilo argumental la SAP Madrid, 30ª, 497/2012, 13-11, que declara que “estas mismas razones de política criminal serían aplicables a una pena de localización permanente en el que no hay mecanismo de control de la custodia, sino únicamente del cumplimiento de la pena mediante visitas periódicas que no pueden evitar que el penado eluda voluntariamente el cumplimiento de la pena”.

Por tanto, la consecuencia del incumplimiento de la pena de localización permanente en estos casos, en opinión de la Fiscalía, y mayoritariamente de la jurisprudencia⁷³, debe ser la aplicación de multa de doce a veinticuatro meses, mientras que el quebrantamiento cuando se cumple en centro penitenciario comportaría la pena establecida para el incumplimiento de las penas privativas de libertad (prisión de seis meses a un año).

En definitiva, estando de acuerdo con la finalidad –insisto- esta interpretación vulnera, a mi modo de ver, el principio de legalidad, en primer lugar, al mantener que en realidad la pena de localización permanente cuando no se cumple en centro penitenciario, que es SIEMPRE, no implica una efectiva situación de privación de libertad (en contra de lo señalado en el art. 35 CP); y, en segundo lugar, en coherencia con el planteamiento anterior, al sugerir que el quebrantamiento de la pena de localización permanente cuando no se cumple en centro penitenciario, que es SIEMPRE, debe conllevar pena de multa de doce a veinticuatro meses (y no de prisión de seis meses a un año, que es lo que le corresponde de conformidad con su naturaleza).

Es cierto que el cumplimiento estricto del precepto que regula el delito de quebrantamiento supone un atentado al principio de proporcionalidad, dado que la consecuencia es más grave que la propia pena incumplida, pero la solución no debe ser torcer la letra de la ley y la naturaleza de esta pena generando un nuevo fraude de etiquetas, sino modificar los artículos 35 y 37 CP, catalogando esta pena como privativa de derechos, para dotarla de eficacia y evitar la desproporción de las consecuencias del art. 468 CP. En tanto esto no se efectúe, para atenuar estos efectos, considero adecuado flexibilizar la valoración del incumplimiento/incumplimientos globalmente, de acuerdo con el principio de insignificancia y, de otro lado, aplicar efectivamente la pena de multa si la desobediencia se produce antes de iniciarse el cumplimiento de la pena. Creo que cualquier interpretación que vaya más allá, aunque adecuada desde el punto de vista político criminal, implica vulnerar el principio de tipicidad.

Finalmente, respecto a la decisión de aplicar la pena de multa (ex art. 468. 1 *in fine*) en caso de quebrantamiento de la localización permanente, debe advertirse que puede repercutir negativamente en todo el círculo familiar, en la medida en que

⁷³ En contra, es decir, entendiendo que debe corresponder pena de prisión para este tipo de quebrantamientos, ESPINOSA RAMOS, Jorge Ángel, “Apuntes de urgencia”, op. cit., p. 13. Vid., al respecto, la STC 155/2009, 25-6; STS 1680/2001, 24-9, atendiendo a la naturaleza de la pena y a la literalidad del precepto (en el último caso, sobre el antiguo arresto sustitutorio). También SAP Cáceres, 2ª, 231/2014, 21-5; SAP Zaragoza, 3ª, 92/2013, 25-4; SAP Cádiz (sección con sede en Jerez de la Frontera), 441/2010, 30-11; SAP Valladolid, 2ª, 221/2013, 10-6; SAP Huelva, 1ª, 38/2010, 17-2; SAP Guipúzcoa, 1ª, 66/2015, 17-3; SAP Toledo, 1ª, 42/2015, 23-4. También, Juzgado de lo Penal Nº 4 de Pamplona/Iruña, de 10-5-2017, revocada posteriormente por SAP Navarra, 1ª, 269/2017, 28-12, quien condena por multa.

el único ámbito de aplicación de esta pena es el de los delitos leves de violencia doméstica⁷⁴.

Por otro lado, cuando la pena de localización permanente se incumple en régimen de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (53.1 CP) corresponde asimismo deducir testimonio por quebrantamiento⁷⁵ a diferencia de la ejecución de ésta como sustitutiva conforme al antiguo art. 88.2 CP que, cuando se incumplía, no procedía el delito de quebrantamiento sino la ejecución de la pena principal sustituida⁷⁶. La desaparición de esta regla por LO 1/2015 impide seguir manteniendo esa interpretación. Así lo corrobora la Consulta FGE 1/2016, si bien manteniendo, en su línea, la modalidad atenuada del quebrantamiento.

Por último, cuando la pena de localización permanente se imponga como sustitutiva de la prisión inferior a tres meses (art. 71.2 CP), el incumplimiento dará también lugar a la deducción de testimonio por quebrantamiento, no siendo procedente el retorno a la pena original, pues la prisión inferior a tres meses se sustituye “en todo caso” –reza el artículo-, al mismo tiempo que desaparece la regla de sustitución tras la reforma operada por LO 1/2015, por lo que, tal como afirma la Consulta FGE 1/2016, “la prisión queda definitiva e irreversiblemente sustituida por la pena de localización permanente”, con la incoación de nueva causa por el tipo atenuado (en coherencia con su argumento) del art. 468 CP.

1. Especial referencia a la inutilización de los dispositivos electrónicos de control de la pena

A todo ello hay que añadir las consecuencias del quebrantamiento introducidas por la LO 1/2015 en el art. 468.3 CP en relación con el hecho de no mantener en perfecto estado los dispositivos electrónicos que controlan una pena o medida de seguridad, lo que afecta a aquéllas cuyo control está previsto a través de medios telemáticos, como la pena de alejamiento (art. 48.4 CP), la de localización permanente (art. 37.4 CP) o la medida de seguridad de libertad vigilada (art. 106.1 a CP).

Este tercer párrafo, recientemente introducido, es disfuncional por varios motivos. En primer lugar, se castigan con idéntica pena conductas que desde el punto de vista valorativo no tienen una entidad equivalente lo que, además de vulnerar el principio de proporcionalidad, atenta contra el mandato de determinación de los tipos penales⁷⁷; no es lo mismo inutilizar o perturbar el funcionamiento del disposi-

⁷⁴ No resultaría aplicable, a estos efectos, el art. 84.2 CP.

⁷⁵ SAP Madrid, 15ª, 431/2017, 10-7; SAP Burgos, 1ª, 224/2015, 21-5. SAP Barcelona, 6ª, 172/2018, 2-3. Por el contrario, incorrectamente, SAP Córdoba, 2ª, 1/2017, 10-1; SAP Asturias, 8ª, 170/2013, 22-10, que al no decir nada el art. 53 CP al respecto, en caso de quebrantamiento por responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, resuelven volver a la pena sustituida por analogía con el art. 88.2 CP.

⁷⁶ SAP Pontevedra, 2ª, 142/2010, 29-09; SAP Soria Única, 64/1998, 15-7; SAP Jaén 63/2002, 12-4; SAP, Burgos, 1ª, 25-1-2002, JUR 2002\74014; SAP Granada, 2ª, 206/2013, 22-3.

⁷⁷ ABEL SOUTO, Miguel, “Inutilización de dispositivos de control de cumplimiento de penas y medidas (art. 468)”, en *Comentarios a la reforma del CP de 2015*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 1233.

tivo que no llevar consigo el dispositivo o no recargarlo, por ejemplo. Precisamente por esta disparidad, en el caso de rotura del dispositivo considero adecuado aplicar además un delito de daños en concurso ideal para acoger el total desvalor de la conducta⁷⁸.

En segundo lugar⁷⁹, existe una discordancia entre el propósito del Legislador manifestado en la Exposición de Motivos de la Reforma, en el que el enfoque es simplemente los dispositivos electrónicos al servicio de la violencia de género⁸⁰, y el ámbito de aplicación derivado del texto del precepto: “dispositivos electrónicos que controlan el cumplimiento de penas, medidas de seguridad o medidas cautelares”, de modo que el precepto acoge cualquier incumplimiento de los dispositivos puestos al servicio de la administración de justicia, como el control por verificación de voz de la pena de localización permanente, que actualmente se aplica sólo a la violencia doméstica.

En tercer lugar, este subtipo atenuado no cubre ninguna laguna de punibilidad, en tanto que la consecuencia de la inutilización o perturbación de estos dispositivos -antes de la Reforma por LO 1/2015-, podía incardinarse perfectamente en el delito de desobediencia del art. 556 CP⁸¹, que tiene prevista además una mayor penalidad (multa de seis a doce meses, frente a pena de prisión de 3 meses a un año o multa

⁷⁸ Sobre el tipo de concurso aplicable, la Jurisprudencia no se muestra uniforme. Así, la SAP Madrid, 27ª, 654/2017, 19-10, aplica concurso de leyes entre el delito leve de daños (por cortar la correa del dispositivo técnico GPS de control de acercamiento a víctimas de violencia doméstica, causando un daño de 15€ sin que se considere un bien de dominio público por ausencia de afección al uso o servicio público aun siendo de titularidad pública), que queda absorbido en el delito de quebrantamiento de condena del art. 468.3 CP por principio de especialidad, por cuanto que el propio tipo penal ya descrito en el apartado 3º del art. 468 CP, describe y tipifica la acción dañosa cometida para su consumación, esto es, la inutilización o perturbación del dispositivo para conseguir su anulación. “Esta acción de inutilizar y, en consecuencia, de hacer inútil algo –continúa la sentencia-, supone la causación de algún desperfecto que determine ese fin, y entre ellos, necesariamente debe incardinarse la rotura de algunos de sus elementos, en este caso concreto la correa unida al cuerpo de la persona sometida a este dispositivo que detecta la separación de la piel, en caso de arrancamiento del mismo dispositivo”. Y añade: “su calificación separada y la sanción duplicada por ambos ilícitos penales, supone evidente lesión del principio “non bis in ídem”, al valorarse doblemente la misma circunstancia, inutilizar y dañar, debiendo quedar necesariamente absorbidos los daños o desperfectos causados por el delito de inutilización del dispositivo telemático de proximidad”. No estoy de acuerdo en la medida en que la inutilización no necesariamente implica daño o rotura. Ese exceso en el daño debe calificarse en mi opinión con arreglo al concurso ideal. Esta sentencia revoca la SJP nº 36 Madrid (Procedimiento Abreviado núm. 175/2017) que aplicó concurso medial entre daños leves y el quebrantamiento del art. 468.3 CP. NO se plantea ningún tipo de concurso SAP Álava, 2ª, 279/2016, 24-10, calificando únicamente por el 468.3 CP romper la pulsera colocada en el tobillo.

⁷⁹ ABEL SOUTO, Miguel, “Inutilización...”, op. cit., p. 1230.

⁸⁰ Señala la citada Exposición de Motivos: “En relación con los dispositivos telemáticos para controlar las medidas cautelares y las penas de alejamiento en materia de violencia de género, se están planteando problemas sobre la calificación penal de ciertas conductas del imputado o penado, tendentes a hacerlos ineficaces, a las que se alude en la Circular 6/2011, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer. Por ello, se considera adecuado tipificar expresamente estas conductas dentro de los delitos de quebrantamiento, a fin de evitar que queden impunes los actos tendentes a alterar o impedir el correcto funcionamiento de dichos dispositivos”.

⁸¹ CUGAT MAURI, Miriam; SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel, “Art. 468.3”, *Estudio Crítico sobre el anteproyecto de reforma del CP de 2012 (Fco. Javier Álvarez García –Dir.–)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 930. Vid., asimismo, SJP, nº 1 Elche, 3-6-2015 (Ref. 000137/2015).

de seis a dieciocho meses)⁸². Para que fuera subsumible en el citado delito de desobediencia, las instrucciones del funcionamiento del dispositivo deberían contener una orden expresa sobre su mantenimiento en perfecto estado así como constar claramente las consecuencias en caso de incumplimiento sobre ese mantenimiento⁸³. La prueba de que nos encontramos ante una desobediencia específica atenuada se obtiene de las pocas sentencias relativas al precepto donde en la mayoría de los casos se trata de desconexiones del dispositivo sin que el acusado colabore en su buen funcionamiento, por lo que muchas veces no puede acreditarse que el acusado fuera debidamente instruido de su uso⁸⁴. A este respecto, debe recordarse que el quebrantamiento es un delito doloso por lo que la persona afectada debe conocer que, mediante alguna conducta de las descritas en el tipo, inutiliza o perturba el referido dispositivo sin ninguna otra intención o propósito específico. De hecho, la prueba del dolo de este delito de inutilización de dispositivos suele conformarse por la reiteración de la conducta⁸⁵.

En consecuencia, mantener esta previsión plantea un concurso de leyes que debe resolverse, por principio de especialidad, a favor del 468.3 CP⁸⁶.

⁸² Sobre los problemas concursales que se plantean entre el tipo de desobediencia del art. 556 CP y las desobediencias específicas –la mayoría atenuadas– previstas en el Código penal, vid., ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, “Delitos de atentado, resistencia y desobediencia”, en *Tratado de Derecho penal español. Parte Especial* (V), Francisco Javier Álvarez García –Dir.–, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 243-248.

⁸³ CUGAT MAURI, Miriam; SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel, “Art. 468.3”, op. cit., p. 930; ABEL SOUTO, Miguel, “Inutilización”, op. cit., p. 1232.

⁸⁴ SAP Segovia, 1ª, 98/2018, 25-9.

⁸⁵ Así, SAP Jaén, 3ª, 460/2017, 20-12: el acusado se separa del brazalete unos días y descarga la batería en otras fechas concretas sin penetrar en la zona de seguridad del acercamiento: no quebranta la medida, pero impide el control de su adecuada ejecución. Siguiendo con el mismo argumento, se absuelve en SAP Madrid 30ª, 444/2017, 12-7: el brazalete que llevaba instalado el acusado y la unidad TRACK2 se separaron durante unas tres horas, sin que conste acreditado que dicha separación ocurriera por la voluntad del acusado, siendo imputable más bien a un despiste. O SAP Zaragoza, 1ª, 307/2016, 7-10: incidencias en el correcto funcionamiento del sistema debido a una actuación descuidada del acusado que no afectaron a la correcta ejecución de la medida impuesta: ausencia de elemento intencional. O SAP Álava 279/2016, 24-10: en una ocasión rompe la pulsera colocada en el tobillo, y en otra, no portó durante cierto tiempo el receptor-emisor, a pesar de que sabía que debía llevarlo en todo momento, para que aquel dispositivo cumpliera su finalidad de control de la medida cautelar. O SAP Asturias, 3ª, 341/2018, 27-7: la separación entre el dispositivo GPS y el brazalete fue un episodio puntual que puede no fuera una actuación intencionada. O SAP Jaén, 3ª, 207/2017, 24-5, por no acreditarse la manipulación u omisión dolosa del aparato de funcionamiento. Cuando se prolonga ese tiempo de no cargar la batería ya no obedece a un despiste y se considera dolosa la conducta: así, SAP Barcelona, 22ª, 705/2018, 12-9: el tiempo que el dispositivo permaneció inactivo excede de lo que puede considerarse justificado para una incidencia de este tipo, ya que se prolongó desde las 23.08 horas del día 5 de noviembre de 2016 hasta las 12.23 horas del día 6 de noviembre de 2016. Por el contrario, SAP Baleares, 1ª, 262/2017, 17-11, castiga como quebrantamiento del 468.3 por dejar descargar el dispositivo que llevaba puesto el acusado provocando la desconexión durante algo más de 20 minutos. La imposición de este subtipo atenuado es independiente de que no exista ningún quebrantamiento de las penas de prohibición impuestas en sentencia por cuanto no consta que haya tenido contacto directo con su expareja ni que haya mantenido contacto con ella, ni incidencia alguna que motivara que la perjudicada accionara el botón del pánico.

⁸⁶ En la SAP Alicante, 1ª, 56/2016, 29-1, se condena en efecto por el art. 468.3 CP y no por el delito de desobediencia (art. 556 CP), por principio de especialidad y atendiendo al principio de retroactividad favorable (penalidad atenuada). La instancia inferior había condenado la manipulación de los dispositivos electrónicos por desobediencia genérica del 556 CP.

En cuarto lugar, además de innecesario y disfuncional, la ubicación de este sub-tipo atenuado en el delito de quebrantamiento es incorrecta pues denota una confusión por parte del Legislador en un doble plano, primero, confunde la naturaleza del delito de quebrantamiento con el de desobediencia. El quebrantamiento implica, en el caso, por ejemplo, de la localización permanente salir del domicilio, o en el caso de la pena de alejamiento, la entrada en la zona de exclusión, fija (casa, colegio) o móvil, es decir traspasar la prohibición de acercamiento a la víctima; por el contrario, la manipulación o rotura del mecanismo telemático fuera del ámbito espacial de la prohibición (en el caso de la localización permanente dentro del domicilio donde se cumple condena), implica desobediencia, pero no quebrantamiento⁸⁷. En otros términos, el mero hecho de inutilizar o perturbar el funcionamiento del dispositivo o más aún, no recargar la batería, no implica *per se* una voluntad de aprovecharse de su mal funcionamiento para quebrantar la pena, medida de seguridad o medida cautelar impuesta.

En consecuencia, antes de esta introducción, podía plantearse la aplicación de ambos tipos penales (desobediencia genérica y quebrantamiento) en relación de concurso real o medial según los casos. Para ello debería admitirse que se vulneraban bienes jurídicos diferentes, lo cual resulta más fácil concluir si se concreta el interés lesionado en el delito de desobediencia en el principio de autoridad y, con ello, en el prestigio o la dignidad de la Administración⁸⁸. Más difícil resulta construir tales concursos si, por el contrario, centramos el bien jurídico protegido por el tipo de desobediencia en el correcto desenvolvimiento de la actividad de la admi-

⁸⁷ GALDEANO SANTAMARÍA, Ana, “Medidas cautelares en violencia de género: servicio de guardia”, p.16.

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Ana%20Galdeano%20Santamar%C3%ADa.pdf?idFile=d4eed386-5c7b-43d8-a211-2565e61e6e00

Igualmente, DELEGADOS FISCALES DE VIOLENCIA DE GÉNERO, *Conclusiones*, 2010. También, SAP Alicante, 1ª, 56/2016, 29-1: “La conducta en que puede incurrir un encausado o condenado con el objeto de hacer ineficaz el dispositivo que se le ha impuesto para controlar la adecuada ejecución de la medida cautelar o pena de prohibición de aproximación, no supone un incumplimiento de éstas, sin perjuicio de que, además, se vulnere la medida cautelar que la pulsera controla. En tal caso y sólo esta última conducta constituiría un delito de quebrantamiento, art 468.2 CP, mientras que la acción llevada a cabo para burlar la efectividad del dispositivo podría ser constitutiva de un delito de desobediencia penado en el art. 556 (antes de la reforma del CP) y que castigaría, aquellas acciones u omisiones voluntarias del condenado o encausado que dificultan el adecuado funcionamiento de tales dispositivos como su inutilización, perturbación, no llevarlo consigo u omitir las medidas que mantengan su correcto funcionamiento. Como ya se apuntaba en la Circular 6/2011, se trata de castigar aquellas conductas que provocan la ineficacia del sistema, sin causar daños al dispositivo (no cargar de forma contumaz la batería o alejarse reiteradamente de la unidad Track o la fractura de algunos de sus mecanismos (rotura del brazalete)”. En el caso de la sentencia, el Centro Cometa remitió informe sobre dos incidencias técnicas graves en el dispositivo técnico de control instalado al acusado, una por descarga de la batería del dispositivo de localización del inculcado y otra por separación del brazalete de la unidad 2 track, situaciones en la que el dispositivo de localización no funcionó a consecuencia de la actuación voluntaria del acusado, habiendo omitido las medidas exigibles para mantener su correcto estado de funcionamiento. En idéntico sentido SAP Madrid, 30ª, 444/2017, 12-7.

⁸⁸ Así, SSTs 778/2007, 9-10; 163/2018, 6-4; 794/2017, 11-12, entre otras muchas. Críticos con esta postura, ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier/CARRASCO ANDRINO, Mar, “Delitos de atentado, resistencia y desobediencia”, op. cit., pp. 216-219.

nistración⁸⁹ pues el quebrantamiento no sería si no vulnerar el correcto funcionamiento de una parte de Administración Pública, la de Justicia, correspondiendo en este caso la aplicación del concurso de normas. En cualquier caso, la ubicación actual de este subtipo atenuado de desobediencia dentro del delito de quebrantamiento -a pesar de no ser quebrantamiento *stricto sensu*- y, a su vez, dentro de los delitos contra la Administración de Justicia⁹⁰, imposibilita el concurso de delitos entre el art. 468.3 CP y el quebrantamiento de pena o medida (art. 468. 1 o 2 CP) porque, tal y como está regulado, constituye un acto preparatorio punible del quebrantamiento, pues, aunque no sea preciso la concurrencia de ninguna otra intención o propósito específico, ¿qué finalidad tiene inutilizar o romper el dispositivo si no es para quebrantar ulteriormente la pena o medida controlada mediante ese dispositivo?⁹¹ De modo que, si finalmente se quebranta la pena o medida ejecutada con control telemático, conforme a esta ubicación, sólo se castigará por el art. 468.1 o 2 CP, según los casos⁹², quedando subsumida la desobediencia atenuada.

Y, en segundo lugar, esta ubicación del subtipo que analizamos demuestra que se confunde la naturaleza de estos dispositivos, que no son penas en sí mismas sino instrumentos de control de las penas. De ello parece darse cuenta parcialmente el Legislador al prever este tercer párrafo como un subtipo atenuado, lo que avala nuestra interpretación de que es un adelantamiento de la barrera punitiva en relación con el delito consumado de quebrantamiento.

Finalmente, hay que recordar que la pena aparejada al quebrantamiento de estos dispositivos es la de multa y que el único ámbito actual de aplicación de la pena de localización permanente es el de los delitos leves de violencia doméstica. En consecuencia, si se volviera a controlar esta pena telemáticamente, lo que sería deseable, en el caso de inutilización de estos dispositivos, la multa podría repercutir negativamente en todo el círculo familiar. Este inconveniente ya ha sido subsanado en los tipos penales que prevén conductas relacionadas con violencia doméstica o

⁸⁹ ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier/CARRASCO ANDRINO, Mar, “Delitos de atentado, resistencia y desobediencia”, op. cit., pp. 218-219.

⁹⁰ SAP Tarragona, 2ª, 289/2005, 7-3: “Este tipo penal, como las demás figuras propias del quebrantamiento, tutelan un doble bien jurídico, a saber, la protección de la víctima de un presunto delito, objetivo éste perseguido por la resolución judicial que adopta la imposición del dispositivo telemático para garantizar la orden de alejamiento u otra medida cautelar, y el debido, por todos, acatamiento y respeto de las resoluciones judiciales, motivo por lo que estamos ante un delito contra la Administración de Justicia”.

⁹¹ En este sentido también SAP Tarragona, 2ª, 289/2005, 7-3: “es preciso que el sujeto actúe con el ánimo tendencial de quebrantar la condena, medida cautelar o medida de seguridad, ya que el delito se encuadra dentro del Capítulo VIII del Título XX del Código Penal bajo la rúbrica “Del Quebrantamiento de Condena”, incardinado entre los “Delitos contra la Administración de Justicia”.

⁹² Lógicamente, ello no obsta a aplicar concurso real entre el 468.3 CP y el quebrantamiento de medida/s cautelar/es o de pena/s (468.2), cuando se cumplan los requisitos del art. 73, esto es, hechos diferentes que den lugar a dos o más delitos. Así, quebrantamiento con medida cautelar: SAP Alicante, 1ª, 56/2016, 29-1.

de género y ahora se vuelve a reproducir en este nuevo subtipo, sin posibilidad de pena alternativa⁹³.

Por todo lo expuesto, sería adecuada, *de lege ferenda*, la supresión de este tercer párrafo del art. 468 CP.

VI. Cumplimiento de los fines de la pena

En general, se aduce que la localización permanente es una sanción poco intimidante tanto para la generalidad como para el sujeto concreto al que se le impone. Así, por ejemplo, a efectos del cumplimiento de la prevención general negativa, el carácter intimidatorio que tenían los antiguos arrestos de fin de semana, fundamentalmente como forma de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, no lo tiene la localización permanente.

De otro lado, se reconoce⁹⁴ que el valor de la reinserción social está ausente en ella, objetándose que la sanción se centra en el control sin poner ningún esfuerzo en el tratamiento. Se puede contestar a esta objeción con dos argumentos: en primer lugar, en una pena de tan corta duración no es posible implantar ningún tratamiento con éxito que ayude a la reinserción. Y, en segundo lugar, en este ámbito no existen estudios generales sobre reincidencia. Sólo se ha podido comprobar que la aplicación del control telemático⁹⁵ ha conseguido con determinados perfiles criminales una disminución de más de 12 puntos en el índice de reincidencia.

⁹³ Nuevamente, señalar que no resulta aplicable, a estos efectos, el art. 84.2 CP: “Si se hubiera tratado de un delito cometido sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, el pago de la multa a que se refiere la medida 2.ª del apartado anterior solamente podrá imponerse cuando conste acreditado que entre ellos no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común”.

⁹⁴ Así GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, *Sistema penitenciario*, op. cit., p. 160. PRATT WESTERLINDT, Carlos, *Alternativas a la prisión. Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 7/2003, 11/2003 y 15/2003, Cuadernos Luis Jiménez de Asúa*, nº 20, Madrid: Dykinson, 2004, p. 31, reconociendo abiertamente que nos hallamos ante una pena puramente retributiva. Sobre estas objeciones cfr., asimismo, LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, “Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión”, en *VIII Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Sevilla: Junta de Andalucía, Dirección General de Administración Local y Justicia, 1994, p. 58. BOLDOVA PSAMAR, Miguel Ángel, *Lecciones...*, op. cit., p. 78. El mismo, *Tratado*, op. cit., p. 116. LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid: Tecnos, 2005, p. 64. MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “La pena de localización”, op. cit., p. 52, se pregunta incluso si esta pena es acorde con nuestra Carta Magna, pues *ab initio* se revela incapaz de resocializar a un condenado que, a mayor abundamiento, tampoco la necesita. IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel; PÉREZ PARENTE, Juan Antonio, “La pena de localización permanente...”, op. cit., p. 1075. Ampliamente, sobre los fines que cumple esta pena, ABEL SOUTO, Miguel, *La pena de localización permanente*, op. cit., pp. 37-52.

⁹⁵ Fuente: José Manuel Bermudo Castellano. Jefe de Área de Medio Abierto y Control Telemático, (Secretaría General de Instituciones Penitenciarias). Igualmente, en EE.UU. algunos autores mantienen (así, RENZEMA, Marc, “Home confinement programs: Development, implementation and impact”, en BYRNE, J.M.; LURIGIO, A.J.; PETERSILIA, J., *Smart sentencing: The emergence of intermediate sanctions*, Londres, 1993, pp. 43 y ss.) –Cfr., RENART GARCÍA, Felipe, *La libertad condicional: nuevo régimen jurídico*

Finalmente, se alude a su benignidad a efectos retributivos, aunque no hay que olvidar en su defensa que está reservada para las infracciones leves y, en consecuencia, debe respetarse el principio de proporcionalidad.

Como indica Faraldo⁹⁶, quizá el problema es que el objetivo de las penas leves en general nunca ha sido castigar ni reformar sino advertir o amonestar, que es efectivamente lo que cumple la localización permanente. A mayor abundamiento, creo que la mayoría de las críticas que se formulan obedecen a que todavía hoy se desconoce el lugar y la finalidad que acertadamente cumplen las penas leves, como la descongestión de las prisiones, evitar la prisionización⁹⁷ o procurar la humanización de la privación de libertad⁹⁸. Queda todavía un largo camino para reconocer que es una pena creíble a efectos del cumplimiento de los fines de la pena teniendo en cuenta que se destina a delitos leves y que, más aún, en mi opinión, debe potenciarse para convertirla en auténtica alternativa a la pena corta de prisión, aunque ello pueda implicar un cambio de configuración como pena privativa de derechos, pues toda prolongación de la privación de libertad puede propiciar el quebrantamiento.

VII. Balance sobre la evolución de la pena

La pena de localización permanente constituye un claro ejemplo por un lado del llamado “fraude de etiquetas” y, por otro, de derecho penal simbólico. Nace en la reforma por LO 15/2003, para sustituir a la pena de arresto de fin de semana, ante el “fracaso” de ésta sin aducirse las razones de ese *fracaso*, cuando lo que subyacía al pretendido *fracaso* era la dificultad material del cumplimiento de esa pena. Se la denomina confusamente *localización permanente* cuando en realidad obliga a permanecer al penado en su domicilio sin posibilidad de parcial libertad ambulatoria; se elige tal denominación para que no evocara el *arresto domiciliario* del CP 1973, cuando nos hallamos ante un auténtico arresto domiciliario.

Nace como pena leve aplicable a las faltas con una duración máxima -cuando se impone como pena principal- de 12 días, que pueden cumplirse de forma discontinua. El RD 515/2005, de acuerdo con la naturaleza leve de esta pena, desarrolló los requisitos de su ejecución, previendo la posibilidad de su control telemático a

(adaptada a la L.O. 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas), Madrid: Edisofer, 2003, p. 279.- que la vigilancia electrónica se consideró como un proyecto de reinserción social destinado a disminuir el riesgo de reincidencia.

⁹⁶ FARALDO CABANA, Patricia, “Las penas leves tras la reforma de 2015”, en *Centro de Estudios Jurídicos* (ponencia, actividad: “Los delitos leves: aspectos sustantivos y procesales”, 23 y 24 de marzo de 2017), p. 9.

⁹⁷ Efectos beneficiosos que ni siquiera cumple esta pena en su modalidad *teórica* –al menos, actualmente- de cumplimiento en centro penitenciario. Vid., GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta, “La pena de localización permanente...”, op. cit., p. 96: “se renuncia en esos casos a salvaguardar al condenado del efecto criminógeno de la prisión”.

⁹⁸ Acertadamente, RUBIO LARA, Pedro Ángel, “Dos penas controvertidas...”, op. cit., pp. 286 y 289 ss.

través de un sistema de verificación biométrica de voz, que se hizo efectiva desde esa fecha hasta la reforma por LO 5/2010.

A pesar de que el sistema electrónico de control funcionó muy bien, sin problemas técnicos de ejecución, con una evolución espectacular en su aplicación, con una reducción de costes (se estima que cuesta cinco veces menos que el ingreso en prisión)⁹⁹, pues una vez iniciada la inversión inicial, el mantenimiento del sistema es muy barato; a pesar de que esta implantación no supuso ningún riesgo de privatización puesto que el seguimiento y control siempre fue público, a través de los funcionarios de Instituciones Penitenciarias, con la intervención exclusiva del sector privado en el mero suministro de los equipos y resolución de incidencias técnicas; a pesar de que se demostró su utilidad en términos de eficacia y reincidencia, no sólo por el modo de ejecución (este sistema favorece la inserción social y laboral), sino porque se trata de una pena corta, que genera un buen nivel de cumplimiento; a pesar de que no supuso una clara afectación a derechos fundamentales, tales como la intimidad, pues además de estar previsto el control telemático en el art. 37.4 CP, la prestación del consentimiento libre y válidamente emitido por parte del penado despejó cualquier duda de constitucionalidad respecto a la intimidad hipotéticamente afectada al ser un bien jurídico esencialmente disponible; ni la dignidad, pues este medio no es estigmatizante para el penado en la medida en que por lo general se desarrolla en su domicilio...

A pesar de todo ello¹⁰⁰, la LO 5/2010 incrementa su duración hasta seis meses, configurándola con una doble naturaleza como pena menos grave y como pena leve, lo que podía topar con una previsible falta de practicidad que, sin embargo, no llegó a ser efectiva, pues en los supuestos de la Parte Especial a los que se aplicó nunca se superó la duración de los 12 días. Nuevo ejemplo de derecho penal simbólico.

No contento con ello, el Legislador de 2010 previó –previsión que se mantiene en la actualidad– que, en determinadas circunstancias, ya analizadas, la pena se ejecute en centro penitenciario, lo cual resulta contradictorio con otra declaración de la misma reforma y es la plasmación del control telemático por primera vez en una norma con rango legal, en el art. 37.4 CP. A mayor abundamiento, las circunstancias de ejecución de esta pena en centro penitenciario fueron desarrolladas por el RD 840/2011 que deroga el RD 515/2005 y con él toda posibilidad de ejecución vía telemática que a partir de ese momento deja de cumplirse de ese modo, dándose prácticamente por extinguido este medio de control en el segundo trimestre de 2013.

⁹⁹ Vid., OTERO GONZÁLEZ, Pilar, *Control telemático...*, op. cit., pp. 81-83. LA MISMA, “Presente y futuro...”, op. cit., p. 109.

¹⁰⁰ Vid., ampliamente, OTERO GONZÁLEZ, Pilar, *Control telemático...*, op. cit., pp. 24-34 y 71-92; LA MISMA, “Presente y futuro de la pena de localización permanente”, op. cit., pp. 109-113.

En resumen, resulta llamativo, en fin, a estos efectos, que en el momento en que se prevé la posibilidad de control telemático de esta pena en una norma con rango legal -antes se ejecutaba mediante previsión reglamentaria-, al mismo tiempo se elimine en la práctica esta ejecución (tras la derogación del RD 515/2005 y de la I 13/2005). Por tanto, nuevo ejemplo de regulación contradictoria en la misma Ley Orgánica, al mismo tiempo que de derecho penal simbólico.

A mayor abundamiento, la reforma de 2015 mantiene de forma idéntica el precepto que regula la localización permanente, por tanto, permanece el 2º párrafo del art. 37.1 CP, donde se prevé el cumplimiento en centro penitenciario de esta pena “cuando esté prevista como pena principal, atendiendo a la reiteración en la comisión y siempre que así lo disponga expresamente el concreto precepto aplicable”. Esta declaración de cumplimiento en centro penitenciario no va acompañada actualmente de su previsión concreta en la Parte Especial, como consecuencia de la supresión general de las faltas y, por ende, del art. 623.1 CP. Por tanto, una vez más, derecho penal simbólico¹⁰¹.

En esta misma reforma se reduce el ámbito de aplicación¹⁰² de la localización permanente en la Parte Especial del CP, que queda limitada –como pena principal de forma alternativa- a tres supuestos de delitos leves relacionados con la violencia doméstica con una duración máxima de 30 días, lo que resulta paradójico y contradictorio con el mantenimiento de su duración de hasta seis meses (art. 37.1 CP). Nuevo ejemplo de derecho penal simbólico.

Esta discordancia, reiterada en las sucesivas reformas, entre la previsión del art. 37 CP (duración máxima de 6 meses) y la aplicación de esta pena en los preceptos de la Parte Especial (duración máxima de 1 mes) lleva a plantearnos si realmente la omisión como pena menos grave en el art. 33.3 CP, en realidad no se trata de un error sino que la errata ha de buscarse en el propio artículo 37 CP¹⁰³ que, en coherencia con el 33.3 CP y con lo plasmado en la Parte Especial (aplicación como pena principal a delitos leves), debería catalogarse como pena leve con una duración máxima de 3 meses. Solamente por aplicación en régimen de responsabilidad personal subsidiaria puede superar la localización permanente el límite de los 30 días, que, por el cómputo de conversión, nunca va a exceder del límite de los seis meses¹⁰⁴ -a pesar de que lo permita el art. 53.1 CP-; y de otro lado, tampoco va a

¹⁰¹ No obstante, al mantenerse esta previsión, nada impide que en una futura reforma se pueda incluir expresamente en algún precepto esta posibilidad sobre “la reiteración en la comisión”, lo que supondría “un arresto de fin de semana enmascarado” y, por tanto, un nuevo fraude de etiquetas. De otro lado, actualmente sólo puede cumplirse la pena en el domicilio del penado cuando éste sea diferente y alejado del de la víctima.

¹⁰² Sobre la escasa frecuencia con que la localización permanente se ha aplicado durante los últimos años vid., GIL GIL, Alicia (et. al.), *Consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., pp. 136-137.

¹⁰³ De esta opinión, MUÑOZ CONDE, Francisco; García Arán, Mercedes, *Derecho Penal. Parte, general*, 9ª edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 520.

¹⁰⁴ Dejando a salvo algún caso excepcional de concurso real.

superar nunca el límite de los 3 meses en el caso de sustitución por la determinación de la pena inferior en grado de la prisión conforme al art. 71.2 CP.

La cuestión subsiguiente que cabe plantearse con respecto a este último caso es si por la aplicación de circunstancias atenuantes, la pena de prisión quedase reducida a menos de 3 meses, y en consecuencia, procediera -por mandato del art. 71.2 CP- imponer la sustitución de esta prisión por localización permanente, multa o TBC con duración propia a la de las penas leves, si ese delito va a tener ahora tras esa sustitución, la naturaleza de leve (lo que afectaría a la prescripción, rehabilitación, competencia del órgano judicial, etc.). En el antiguo art. 71.1 CP antes de la Reforma de 2015, se especificaba que la reducción de la pena por esta vía, no suponía la degradación de delito a falta, es decir, pese a la rebaja de la pena, la naturaleza o gravedad del delito subsistía. Al haberse derogado esa redacción, es cuestionable la subsistencia de dicha regla y, por tanto, si debe degradarse la naturaleza del delito a leve cuando la pena por la rebaja derivada de la aplicación de la regla del art. 71.1 CP haya devenido en leve. En mi opinión se ha suprimido esa previsión porque era innecesaria, debido a que se trata de una regla penológica de atenuación, no de un subtipo atenuado, por lo que el delito debe seguir considerándose menos grave¹⁰⁵ sin que sufra modificación su naturaleza.

Por lo que respecta al incumplimiento de esta pena, al ser privativa de libertad, conlleva, por virtud del precepto que regula el delito de quebrantamiento (468.1 CP), una consecuencia más grave (6 meses a 1 año de prisión) que la propia pena incumplida (como máximo 30 días en su aplicación a los delitos leves de violencia doméstica). Ante esta desproporción, La FGE a través de la Consulta 1/2016, heredera de la Instrucción 3/1999 FGE, ha determinado que el quebrantamiento de esta pena cuando no se cumple en centro penitenciario, que es SIEMPRE, debe conllevar la pena de multa de 12 a 24 meses, pues en estos casos, que son TODOS, no supone una situación efectiva de privación de libertad: “cuando se cumple en el domicilio o en lugar determinado fijado por el Juez distinto de un Centro Penitenciario, en estos supuestos, aun tratándose de una pena privativa de libertad, el régimen de cumplimiento no supone una efectiva situación de privación de libertad”. Este argumento ha sido utilizado repetidamente por la jurisprudencia, la cual,

¹⁰⁵ Así, STS 392/2017, 31-5, a propósito de la atenuación, conforme al art. 71.2 CP, de la pena accesoria de prohibición de alejamiento del art. 57. Vid., también, a efectos de prescripción SAP Castellón 369/2016, 1ª, 18-11, manteniendo este posicionamiento al indicar: “El criterio ha sido acogido por el Acuerdo adoptado por el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en su reunión de 26 de octubre de 2010, según el cual: “Para la aplicación del instituto de la prescripción, se tendrá en cuenta el plazo correspondiente al delito cometido, entendido éste como el declarado como tal en la resolución judicial que así se pronuncie. En consecuencia, no se tomarán en consideración para determinar dicho plazo aquellas calificaciones jurídicas agravadas que hayan sido rechazadas por el Tribunal sentenciador. Este mismo criterio se aplicará cuando los hechos enjuiciados se degraden de delito a falta, de manera que el plazo de prescripción será el correspondiente a la calificación definitiva de los mismos como delito o falta. En los delitos conexos o en el concurso de infracciones, se tomará en consideración el delito más grave declarado cometido por el Tribunal sentenciador para fijar el plazo de prescripción del conjunto punitivo enjuiciado”.

refiriéndose a la situación fáctica en la que se encuentra la persona, de forma prácticamente unánime, aplica la pena de multa al quebrantamiento de la localización permanente (art. 468.1 *in fine*). Nuevo fraude de etiquetas por decir que no es una situación de privación de libertad efectiva, al mismo tiempo que supone una vulneración del principio de legalidad por crear dos formas distintas de localización permanente, con gravedad diferente, cuando la ley no hace distinciones. Hay que tener en cuenta, finalmente, que la previsión de la multa aparejada al incumplimiento de la localización permanente puede repercutir negativamente en todo el círculo familiar¹⁰⁶.

En todo caso, esta consecuencia discordante del quebrantamiento de esta pena, debe solucionarse catalogando esta pena como privativa de derechos, para dotarla de eficacia y evitar la desproporción que determina el art. 468 CP. En tanto esto no se efectúe, la atenuación de estos efectos debe derivar de la flexibilización de la valoración del incumplimiento/incumplimientos de acuerdo con el principio de insignificancia y, de otro lado, aplicar efectivamente la pena de multa si la desobediencia se produce antes de iniciarse el cumplimiento de la pena.

En consecuencia, primero, aunque la dirección de esta pena se encamina en sentido contrario -pues aunque actualmente no se aplica a ningún supuesto, está prevista su ejecución en centro penitenciario-, debe potenciarse como auténtica alternativa a la prisión de corta duración ya que está infrautilizada en la Parte Especial -a pesar de la prolongación de su duración hasta seis meses- y reivindicarse de nuevo el uso de medios telemáticos o electrónicos de control, pues no olvidemos que nos hallamos en el ámbito de una pena menos grave o leve, según el art. 37.1 CP.

Segundo, con este incremento en la duración de la pena, el modo de ejecución vía telemática deberá materializarse mediante el sistema de brazalete electrónico por radiofrecuencia (vigilancia electrónica pasiva), tal como se está imponiendo hoy en tercer grado, estableciendo al reo un cronograma individualizado de los horarios que debe cumplir en domicilio¹⁰⁷, que implicará, además, una ejecución de esta pena de acuerdo con su terminología: localización permanente, no como arresto domiciliario, lo cual inevitablemente desvirtuará su naturaleza como pena privativa de libertad para convertirla *de facto* en pena restrictiva de derechos, al afectar parcialmente a la libertad ambulatoria -como la pena de alejamiento-, pues con una duración de seis meses hace difícil su ejecución de forma continuada en el domicilio del penado¹⁰⁸ o en otro domicilio diferente al de la víctima cuando se

¹⁰⁶ No resultaría aplicable, a estos efectos, el art. 84.2 CP.

¹⁰⁷ Como indica TORRES ROSELL, Nuria, “Contenido y fines de la pena”, op. cit., p. 23, este sistema resulta suficiente y menos restrictivo que el sistema de seguimiento GPS “pues de lo que se trata no es de conocer la concreta ubicación del penado en cualquier momento, sino de garantizar que en las horas señaladas el individuo se encuentra recluso en el lugar señalado judicialmente”.

¹⁰⁸ Cuando se impone como responsabilidad personal subsidiaria o como sustitutiva (arts. 53 y 71.3, respectivamente).

impone como pena principal en delitos leves de violencia doméstica (arts. 171.7, 2º párrafo, 172.3 2º párrafo y 173.4).

Tercero, debe catalogarse por todo ello en un futuro como pena restrictiva de derechos, en sentido contrario a como se concibió *de facto* en el art. 37.1 2º párrafo añadido por la LO 5/2010, como un “arresto de fin de semana” enmascarado en el ámbito de la reiteración de la comisión de delitos leves, y que hoy a pesar de los esfuerzos normativos que desarrollan esa posibilidad de ejecución, afortunadamente, no se cumple de este modo en ningún supuesto.

Y, por último, la potenciación de esta pena como menos grave que permita sustituir a la pena de prisión de corta duración (que no exceda de dos años), es una configuración que favorece los planteamientos político-criminales progresistas de aplicación de penas alternativas reales a la prisión, con las ventajas que ello conlleva, fundamentalmente en punto a la descongestión carcelaria, reducción de costes, socialización del reo, etc. Asimismo, el hecho de que se prolongue su duración, aunque puede propiciar el quebrantamiento, permite plantear su ejecución con una finalidad de resocialización¹⁰⁹ y no de mero aseguramiento. Para ello, debe ir acompañada de programas de tratamiento en aras a la presencia del valor de la reinserción en esta nueva pena, de modo que satisfaga las necesidades de prevención especial, y de un seguimiento personalizado, pues cuando el soporte electrónico va acompañado de la asistencia humana se obtienen mejores resultados. Por otro lado, no debe olvidarse el complemento de una intensa política de reparación del daño a la víctima, para paliar los posibles problemas de insatisfacción que genera en ella esta nueva tecnología aplicada al ámbito penal¹¹⁰.

Para que esta pena sea eficaz, en relación con el actual ámbito al que se destina, los delitos leves de violencia doméstica, debe compatibilizarse con la aplicación de la pena accesoria de alejamiento, regulada en el art. 57.3 CP. Téngase en cuenta que la triple dimensión de la pena de alejamiento establecida en el art. 48 CP (prohibición de aproximación a la víctima, de comunicarse con ella o de acudir o de residir en determinados lugares), siendo de obligatoria imposición ex artículo 57.2 CP en el ámbito de los delitos graves y menos graves de violencia de género y doméstica, es de facultativa imposición conforme al art. 57.3 CP cuando el delito fuera leve. Por tanto, en los casos en que el juez determine la no imposición de la pena de alejamiento en estos delitos leves relacionados con la violencia doméstica, es adecuada la pena de localización permanente tal como está configurada, esto es, de cumplimiento en domicilio diferente al de la víctima. Sería deseable, más que en otros, que en este ámbito se ejecutara con control telemático, dada la peculiaridad de este tipo de delitos y para dotar de tranquilidad a la víctima, teniendo en cuenta que cuando el ámbito al que se aplica la pena de alejamiento es el de violencia de

¹⁰⁹ TORRES ROSELL, Nuria, “Contenido y fines”, op. cit., pp. 25-26.

¹¹⁰ OTERO GONZÁLEZ, Pilar, *Control telemático...*, op. cit., pp. 107-111.

género, su vigilancia telemática (pulsera electrónica con control GPS) se ejecuta por COMETA (Centro Operativo de Medidas Telemáticas de Alejamiento) bajo la competencia de la Delegación del Gobierno para la violencia de género, mientras que si se ofrece al ámbito de violencia doméstica, su control corresponde a Instituciones Penitenciarias con sistemas diferentes de control (bien mediante verificación de voz, bien mediante vigilancia electrónica pasiva (radiofrecuencia).

En definitiva, en nada se parece la configuración actual de la pena de localización permanente a su regulación cuando nació en la reforma por LO 15/2003. Y, sin embargo, no ha habido un cambio significativo desde el punto de vista de su aplicación en la Parte Especial, más allá de la reducción de su ámbito de aplicación, y con una duración algo mayor (hasta 30 días) respecto de como fue diseñada (hasta 12 días). Ello supone un fraude en la previsión legislativa. En cualquier caso, se encamina hacia una dirección contraria a lo que aquí se propugna, esto es, de *lege ferenda* debe aplicarse efectivamente en la Parte Especial con una duración de hasta seis meses y configurarla como una auténtica alternativa a la pena corta de prisión, con una ejecución telemática de vigilancia electrónica pasiva, con un cronograma de las horas a cumplir en el domicilio y modificando su naturaleza como pena privativa de derechos con una posible nueva denominación de vigilancia electrónica como pena en sí misma y no como medio de control de otras penas. En este sentido, no debemos olvidar que el término *vigilancia electrónica*¹¹¹ hoy por hoy es un concepto de carácter técnico que en el ámbito jurídico está completamente vacío de contenido ya que puede aludir a situaciones muy diferentes en función de la finalidad del sistema. El salto a su aplicación como alternativa a la prisión es todavía una incógnita en España.

Bibliografía

- AA.VV., *Memento Práctico de Derecho Penal*, Santiago de Compostela/Madrid: Francis Lefebvre, 2016.
- ABEL SOUTO, Miguel, *La pena de localización permanente*, Granada: Comares, 2008.
- “Inutilización de dispositivos de control de cumplimiento de penas y medidas (art. 468)”, en *Comentarios a la reforma del CP de 2015*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier/CARRASCO ANDRINO, Mar, “Delitos de atentado, resistencia y desobediencia”, en *Tratado de Derecho penal español. Parte Especial* (V), Francisco Javier Álvarez García –Dir.-, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 41-266.
- ÁLVAREZ VIZCAYA, Maite, “Las penas no privativas de libertad: reflexiones sobre una política criminal errática”, en *Estudios Penales y Política Criminal*, México D.F.: Ángel Editor, 2006.

¹¹¹Como afirma KHUN, André “Surveillance électronique: la France dans une perspective internationale”, en *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, nº 4, 1998, p. 672.

- BARQUÍN SANZ, Jesús; LUNA DEL CASTILLO, Juan de Dios, “En los dominios de la prisión. Distribución numérica de las penas en el código y en la justicia penal”, en *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, nº 14-16, 2012.
- BERMUDO CASTELLANO, José Manuel, Jefe de Área de Medio Abierto y Control Telemático, (Secretaría General de Instituciones Penitenciarias), entrevista, 10 de mayo de 2018.
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed. –Luis Gracia Martín –coord.–, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- *Tratado de las consecuencias de consecuencias jurídicas del delito* –Luis Gracia Martín –coord.–, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, “Las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente”, en *Comentarios a la reforma penal de 2015* (González Cussac –Dir.–), Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- CARDENAL MONTRAVETA, Sergi, *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015* (Directores Mirentxu Corcoy Bidasolo y Santiago Mir Puig), Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe al Anteproyecto de modificación parcial del CP*, 27 octubre, 2006.
- CUGAT MAURI, Miriam; SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel, “Art. 468.3”, *Estudio Crítico sobre el anteproyecto de reforma del CP de 2012* (Fco. Javier Álvarez García –Dir.–), Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- DELEGADOS FISCALES DE VIOLENCIA DE GÉNERO, *Conclusiones*, 2010.
- ESPINOSA RAMOS, Jorge Ángel, “Apuntes de urgencia sobre las nuevas penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, a la luz de la Circular 2/2004, de la Fiscalía General del Estado, en *Actualidad Aranzadi*, nº 664, 2005.
- FARALDO CABANA, Patricia, “Las penas leves tras la reforma de 2015”, en *Centro de Estudios Jurídicos* (ponencia, actividad: “Los delitos leves: aspectos sustantivos y procesales”, 23 y 24 de marzo de 2017).
- FROMENT, Jean-Charles, “L’assignation à domicile sous surveillance électronique, l’exécution de la peine et les libertés publiques”, en *Revue Penitentiaire et de droit pénal*, nº 2, 1996.
- “La surveillance électronique à domicile: une nouvelle économie du pouvoir de punir?”, en *Les cahiers de la sécurité intérieure*, nº 34, 1998.
- GALDEANO SANTAMARÍA, Ana, “Medidas cautelares en violencia de género: servicio de guardia”, https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Ana%20Galdeano%20Santamar%C3%ADa.pdf?idFile=d4eed386-5c7b-43d8-a211-2565e61e6e00
- GARCÍA ALBERO, Ramón; TORRES ROSELL, Nuria, *Comentarios al Código penal español* (Quintero Olivares –Dir.–), Pamplona: Aranzadi, 2016.
- GIL GIL, Alicia (et. al.), *Consecuencias jurídicas del delito. Regulación y datos de la respuesta a la infracción penal en España*, Madrid: Dykinson, 2018.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José, “Control electrónico y sistema penitenciario”, en *VIII Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Sevilla: Junta de Andalucía, Dirección General de Administración Local y Justicia, 1994.

- GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta, “La pena de localización permanente (art. 37)”, en *Comentarios a la Reforma Penal de 2010* (Fco. Javier Álvarez García; José Luis González Cussac –Dirs.) Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿El fin de los muros en las prisiones? Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado*, Madrid: Slovento, 2005.
- *Cárcel electrónica. Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel; PÉREZ PARENTE, Juan Antonio, “La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control telemático”, en *Anuario de Derecho constitucional latinoamericano*, Instituto Investigaciones Jurídicas UNAM, 2006.
- INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, *Informe General*, 2016.
http://www.interior.gob.es/documents/642317/1202140/Informe_General_IIPP_2016_12615039X.pdf/3d3b743f-4527-453a-a185-2b3976f724bf
- KHUN, André “Surveillance électronique: la France dans une perspective internationale”, en *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, nº 4, 1998.
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid: Tecnos, 2005.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, “Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión”, en *VIII Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Sevilla: Junta de Andalucía, Dirección General de Administración Local y Justicia, 1994.
- MAGRO SERVET, Vicente, “Nuevo régimen de las medidas alternativas a la prisión en el Proyecto de reforma del Código Penal”, en *La Ley*, nº 6726, viernes, 1 de junio de 2007.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “La pena de localización permanente”, en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, nº 25, 2006.
- MAPELLI CAFARENA, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid: Civitas, 2005.
- MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción (coord.), *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito*, Barcelona: Bosch, 2005.
- MOTA BELLO, José Félix, “Las penas de localización permanente y de prohibición de residencia, de aproximación y de comunicación con la víctima y otras personas”, en *Cuadernos de Derecho Judicial IV: Las penas y sus alternativas*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2005.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.
- *Derecho Penal. Parte general*, 9ª edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- MUÑOZ CUESTA, Javier, “La nueva pena de localización permanente introducida por la LO 15/2003 y el fracaso de la pena de arresto de fin de semana”, en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, nº 6, 2004.
- NELLIS, Mike, “Electronic monitoring of offenders in England and Wales”, en *British Journal of Criminology*, nº 31, 1991.

- OTERO GONZÁLEZ, Pilar, *Control telemático de penados. Análisis jurídico, económico y social*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- “Presente y futuro de la pena de localización permanente”, en *La adecuación del Derecho penal español al Ordenamiento de la UE. La política criminal europea*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- PINA MASSACHS, Jordi.; NAVARRO MASSIP, Jorge, *Alternativas a la prisión. Una visión práctica: el arresto de fin de semana, la multa y el trabajo en beneficio de la comunidad*, Barcelona: IURE, 2000.
- POZA CISNEROS, María, “Las nuevas tecnologías en el ámbito penal”, en *Poder Judicial*, nº 65, 2002.
- PRATT WESTERLINDT, Carlos, *Alternativas a la prisión. Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 7/2003, 11/2003 y 15/2003, Cuadernos Luis Jiménez de Asúa*, nº 20, Madrid: Dykinson, 2004.
- RENART GARCÍA, Felipe, *La libertad condicional: nuevo régimen jurídico (adaptada a la L.O. 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas)*, Madrid: Edisofer, 2003.
- RENZEMA, Marc, “Home confinement programs: Development, implementation and impact”, en BYRNE, J.M.; LURIGIO, A.J.; PETERSILIA, J., *Smart sentencing; The emergence of intermediate sanctions*, Londres, 1993.
- ROCA AGAPITO, Luis, *El sistema de sanciones en derecho penal español*, Barcelona: Bosch, 2007.
- RUBIO LARA, Pedro Ángel, “Dos penas controvertidas en el código penal español: problemas dogmáticos sobre la regulación y aplicación de las penas de localización permanente y trabajos en beneficio de la comunidad. Posibles soluciones”, en *Revista de Derecho penal y criminología*, 3ª Época, nº 17, enero, 2017.
- RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, Eduardo, *El sistema de pena penas y las reglas de determinación de la pena tras las reformas del Código penal de 2003*, 2ª edición, Pamplona: Aranzadi, 2005.
- SANZ DELGADO, Enrique, “España”, en *Federación Iberoamericana de Ombudsman, Sistema penitenciario. V informe sobre Derechos Humanos (Guillermo Escobar – Director-)*, Madrid: Trama, 2007.
- TÉLLEZ AGUILERA, Abel, *Nuevas penas y alternativas a la prisión*, Madrid: Edisofer, 2005.
- THEMIS, “Consideraciones a las reformas recientes y en proyecto”, febrero, 2003.
- “Informe sobre algunas de las últimas reformas legales en materia de protección a las víctimas de violencia de género”, 2005.
- TORRES ROSELL, Nuria, “Contenido y fines de la pena de localización permanente”, en *Indret*, nº 1, 2012.
- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, “La reforma del sistema de penas por la LO 15/2003. (Especial referencia a la supresión de la pena de arresto de fin de semana y su sustitución por la nueva pena de localización permanente)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* núm. extraordinario 2, 2004.